



DIREITO, DEMOCRACIA E MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

HOMENAGEM AO PROFESSOR ADÉLMAN DE BARROS VILLA

Éfren Paulo Porfirio de Sá Lima
Nelson Juliano Cardoso Matos
Ana Luísa Melo Nogueira
(Organizadores)



DIREITO, DEMOCRACIA E MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

**Homenagem ao Professor
Adelman de Barros Villa**



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

Reitor

Gildásio Guedes Fernandes

Vice-Reitor

Viriato Campelo

Superintendente de Comunicação

Fenelon Martins da Rocha Neto

Editor

Cleber de Deus Pereira da Silva

EDUFPI - Conselho Editorial

Cleber de Deus Pereira da Silva (Presidente)

Cleber Ranieri Ribas de Almeida

Gustavo Fortes Said

Nelson Juliano Cardoso Matos

Nelson Nery Costa

Viriato Campelo

Wilson Seraine da Silva Filho

Éfren Paulo Porfirio de Sá Lima
Nelson Juliano Cardoso Matos
Ana Luísa Melo Nogueira
(Organizadores)

DIREITO, DEMOCRACIA E MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

**Homenagem ao Professor
Adélman de Barros Villa**



TERESINA – PIAUÍ
2021



Projeto gráfico, capa e diagramação

Alcides Amorim

Revisão

Ana Luísa Melo Nogueira

Impressão

Power Graphics

FICHA CATALOGRÁFICA

Universidade Federal do Piauí

Biblioteca Setoria do Centro de Ciências Humanas e Letras

Serviço de Processos Técnicos

Direito, democracia e mudanças institucionais : homenagem ao Professor Adélman de Barros Villa / Éfren Paulo Porfirio de Sá Lima, Nelson Juliano Cardoso Matos, Ana Luísa Melo Nogueira (Organizadores). – Teresina : PPGD-UFPI ; EDUFPI, 2021. 424 p.

ISBN: 978-65-5904-106-0

1. Direito. 2. Democracia. 3. Mudança institucional. I. Lima, Éfren Paulo Porfirio de Sá. II. Matos, Nelson Juliano Cardoso. III. Nogueira, Ana Luísa Melo.

CDD 340

Elaborada por Thais Vieira de Sousa Trindade - CRB-3/1282



Editora da Universidade Federal do Piauí - EDUFPI
Campus Universitário Ministro Petrônio Portella
CEP: 64049-550 - Bairro Ininga - Teresina - PI - Brasil
Todos os direitos reservados

Autores:

Antônio de Moura Borges
Carlos Alberto da Silva Moura Júnior
Carlos Mendes Monteiro da Silva
Daniel Francisco Nagao Menezes
Dante Ponte de Brito
Deborah Dettmam Matos
Flávio Couto Bernardes
Francisco Meton Marques de Lima
Gabriela Cabral Pires
Gustavo Nascimento Torres
Larissa Maria de Moraes Leal
Leandro Maciel do Nascimento
Letícia Pereira Lima
Lorenzo M. Bujosa Vadell
Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas
Osmar Veronese
Pedrita Dias Costa
Pollyanna Sousa Costa Tôrres
Raul Lopes de Araújo Neto
Roberto Carvalho Veloso
Roberto Paulino de Albuquerque Júnior
Robertônio Pessoa
Samuel Pontes do Nascimento
Sandra Vidal Nogueira
Thaís Silva Alves

SUMÁRIO

09 - Apresentação

13 - Homenagem

DOCTRINA ESTRANGEIRA

19 - Discapacidad y Derecho Procesal - Lorenzo M. Bujosa Vadell

PARTE I - MUDANÇAS INSTITUCIONAIS, CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E JUSTIÇA

59 - Os desafios da democracia direta: as paixões do povo e o governo da maioria - Thaís Silva Alves e Deborah Dettmam Matos

89 - O controle de constitucionalidade de emendas no Brasil na perspectiva comparada do constitucionalismo progressista - Gustavo Nascimento Torres e Deborah Dettmam Matos

PARTE II - MUDANÇAS INSTITUCIONAIS E EFETIVIDADE DO DIREITO NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

129 - O papel da seguridade social na redução das desigualdades - Raul Lopes de Araújo Neto, Leandro Maciel do Nascimento e Samuel Pontes do Nascimento

167 - A exploração econômica privada nos serviços públicos essenciais –impasses e contradições - Robertônio Pessoa

187 - A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário à administração tributária como medida antielisiva - Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas e Antônio de Moura Borges

211 - Compliance e responsabilidade tributária nas atividades de intermediação no comércio eletrônico - Gabriela Cabral Pires e Flávio Couto Bernardes

251 - O direito social à educação superior e a mercantilização do ensino em face da ordem econômica constitucional - Samuel Pontes do Nascimento e Carlos Alberto da Silva Moura Júnior

277 - Plataformização e precarização do trabalho no contexto da indústria 4.0 - Letícia Pereira Lima, Pollyanna Sousa Costa Tôrres e Francisco Meton Marques de Lima

299 - Identidades sociais e sujeitos coletivos nos conselhos municipais de saúde na Região das Missões/RS - Sandra Vidal Nogueira e Osmar Veronese

333 - Mudança institucional e governança ambiental municipal no Brasil - Roberto Carvalho Veloso e Daniel Francisco Nagao Menezes

PARTE III - MUDANÇAS INSTITUCIONAIS NA ORDEM PRIVADA

371 - A resolução do contrato por onerosidade excessiva na legislação ordinária brasileira e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça - Larissa Maria de Moraes Leal e Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

399 - A aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor no direito brasileiro: uma análise jurisprudencial - Carlos Mendes Monteiro da Silva, Dante Ponte de Brito e Pedrita Dias Costa

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, no seu terceiro ano de existência, não se furta a enfrentar grandes questões e sempre tenta fazer isso mantendo o diálogo com núcleos de pesquisas, docentes e discentes de outros Programas do Brasil e do exterior. Esse livro traz esse espírito de pesquisa e diálogo, já característico ao PPGD da Universidade Federal do Piauí.

Robert Dahl¹, ao enfrentar os críticos da democracia, explica que democracia é um processo ímpar para tomada de decisão coletiva, no entanto, em muitos casos é comum esse processo gerar decisões problemáticas ou causar certos danos. Dahl, no entanto, nos lembra que democracia não é só forma ou procedimento, é também direito, bens e interesses substantivos, é também uma busca por promover justiça distributiva entre os cidadãos e garantir as liberdades. Mas como garantir essa conciliação entre os aspectos formais e substanciais da democracia? Como tomar decisões coletivas protegendo direitos e liberdades? É possível? Sim, para Dahl desistir da democracia não é a melhor opção, o problema é que não existe uma resposta universal para promover essa conciliação, a proposta do autor é a busca por soluções específicas adaptadas às condições de cada país.

Os autores dessa coletânea, em certa medida, aceitam essa proposta de Robert Dahl e buscam estudar problemas ligados a essa

1 DAHL, Robert Alan. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. 625p. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro

conciliação entre democracia e o Estado de direito, especialmente diante das mudanças institucionais que afetam a ordem privada, econômica e social brasileiro.

Esta nova edição da Coletânea Direito, Democracia e Mudanças Institucionais reúne, em sua grande parte, artigos de diversos autores submetidos ao sistema duplo-cego de revisão por pares, como uma forma de garantir a qualidade e a confiabilidade dos artigos selecionados para a publicação. Nessa parte da avaliação às cegas, questões como originalidade, consistência teórica e crítica, atualidade da temática, contribuições teóricas e práticas, senso crítico e rigor científico foram critérios centrais observados pelos avaliadores.

A avaliação duplo-cego por pares não é um processo simples, requerendo muito comprometimento e trabalho dos avaliadores que aceitam participar. Portanto, aqui fica a nossa gratidão aos professores, todos doutores, de diferentes instituições do Brasil e do exterior, que contribuíram enormemente para a seleção dos artigos com mais qualidade e confiabilidade.

Da mesma forma, registro a nossa gratidão aos autores que aceitaram submeter seus artigos a esse processo de seleção rigoroso. Ao final da avaliação, o resultado foi a reunião de artigos de alunos e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí e de outras instituições de todo o Brasil. Todos os artigos contam com, pelo menos, um autor Doutor e tratam de temas de um dos três enfoques do livro: mudanças institucionais, constituição, democracia e justiça; mudanças institucionais e efetividade do direito na ordem social e econômica; mudanças institucionais na ordem privada.

Além dos artigos selecionados, o livro conta também com artigos de autores convidados. O primeiro é do professor

catedrático de direito processual da Universidade de Salamanca, Professor Lorenzo M. Bujosa Vadell. O artigo do Professor Lorenzo trata sobre direito processual e incapacidades e compõe a parte especial de abertura do livro que consiste na Doutrina Estrangeira. Fica aqui também o nosso agradecimento especial ao Professor Lorenzo, pela disponibilidade e confiança de publicar conosco algo tão relevante e importante para os pesquisadores brasileiros.

Os outros autores convidados foram os Professores Doutores da Universidade Federal de Pernambuco, Larissa Maria de Moraes Leal e Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, que gentilmente enviaram um artigo sobre a resolução do contrato por onerosidade excessiva na legislação ordinária brasileira e sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. O artigo abre a parte do livro que trata sobre mudanças institucionais na ordem privada. Gratidão à professora Larissa e ao professor Roberto por terem aceitado o convite de forma tão gentil e por terem entregado um trabalho com tanta qualidade.

Assim, além da parte especial de Doutrina Estrangeira, o livro tem mais três partes de conteúdo.

A parte I sobre mudanças institucionais, constituição, democracia e justiça conta com dois artigos, um primeiro sobre desafios da democracia direta e outro sobre a problemática do controle de constitucionalidade de emendas no Brasil sob a ótica do constitucionalismo progressista.

A parte II reúne a maior parte dos artigos selecionados e trata sobre mudanças institucionais e efetividade do direito na ordem social e econômica. Essa parte da obra trata sobre diversos temas, como o papel da seguridade social na redução das desigualdades; a exploração econômica privada nos serviços públicos essenciais; a questão da constitucionalidade da transferência do sigilo bancário

à administração tributária como medida antielísiva; *compliance* e responsabilidade tributária nas atividades de intermediação no comércio eletrônico; o direito social à educação superior e a mercantilização do ensino em face da ordem econômica constitucional; sobre a plataformização e precarização do trabalho no contexto da indústria 4.0, já tratando sobre questões da pandemia de COVID-19; trabalha também com a temática das identidades sociais e sujeitos coletivos nos conselhos municipais de saúde na região das missões do Estado do Rio Grande do Sul e finaliza com um artigo sobre mudança institucional e governança ambiental municipal no Brasil.

A parte III, aberta com o artigo da Professora Larissa e do Professor Roberto, conta também com um artigo selecionado sobre a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor no direito brasileiro, especialmente fazendo uma análise jurisprudencial.

Por fim, cumpre destacar que todo esse processo de seleção, avaliação, convite e organização foi feito como uma forma de homenagear a memória de um professor muito especial para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí, Professor Adélman de Barros Villa. Portanto, o livro começa com uma homenagem, merecida, ao Professor Adélman escrita pelo seu neto e professor da FADI, Doutor Lucas Villa. Assim, encerro essa simples apresentação agradecendo ao Professor Lucas por, gentilmente e de forma tão especial, ter nos ajudado nessa sincera homenagem ao professor Adélman.

Teresina, 10 de abril de 2021.

Ana Luísa Melo Nogueira

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Piauí

HOMENAGEM

Professor. Era assim que ele gostava de ser chamado. Nada de doutor, senhor, procurador. Seu maior orgulho e vocação era o magistério. Adélman de Barros Villa era professor até quando não queria. Ensinava fácil e despreziosamente nas coisas do dia-a-dia. Não à toa sempre foi tão querido e homenageado por seus alunos da UFPI. Em época em que a Constituição de 1988 ainda engatinhava e em que não se falava em constitucionalismo por estas bandas, o professor Adélman já insistia na necessidade de se interpretar sistematicamente os dispositivos da Carta Magna e das leis infraconstitucionais. Defendia a necessidade de profundidade teórica, mas insistia na aplicação prática das teorias (repetia sempre como os romanos deram dimensão prática à filosofia dos gregos e, assim, tornaram-se o maior império que a história conheceu). Seus alunos relatam que, em sua sala de aula, entre um giz e outro lançado em direção aos que cochilavam ou arrastavam cadeiras, discutia-se Direito Administrativo, mas sobretudo interpretação. Instava todos a pensarem por si próprios. Em sala de aula, em meio aos debates, redigia no quadro, com os alunos, ações populares que acabariam interferindo na história jurídica e política de nosso Estado. De todas as homenagens e honrarias que recebeu em vida, a que mais lhe enchia de orgulho era o título de Professor Emérito da sua tão amada Universidade Federal do Piauí.

Nascido em uma casa de chão batido na fazenda “Bois”, em Colinas, Maranhão, Adélman de Barros Villa, muito criança, cruzou o rio Parnaíba em uma canoa, enviado por sua mãe para estudar no Liceu Piauiense, em Teresina. Formou-se em Direito pela Universidade Federal do Piauí e especializou-se em Administração, com ênfase em

práticas administrativas, na Loyola University, em New Orleans, USA. Além de professor da Universidade Federal do Piauí, foi Procurador do Estado do Piauí, Promotor de Justiça do Estado do Piauí e ocupou os mais diversos cargos, entre os quais Secretário de Administração do Estado do Piauí; Chefe de Gabinete da Prefeitura Municipal de Teresina; Diretor Administrativo da CEPISA; Chefe de Gabinete do DER-PI; Diretor Administrativo da COHAB-PI; Assessor Especial do Reitor da Universidade Federal do Piauí, entre outros. Por todos os cargos em que passou, cuidava que as portas de seus gabinetes estivessem sempre (literalmente) abertas para o povo.

Inspiração para toda uma geração de juristas piauienses, o carismático professor Adelman de Barros Villa foi exemplo de intelectual, jurista, professor e ser humano. Casou-se com Maria Luzia Nogueira do Rêgo Villa, sua Maizia, com quem viveu uma bela história de amor durante toda a vida. Tiveram quatro filhos que seguiram, todos eles, carreira jurídica: Adelman Villa Júnior, Eugênia Villa, Giselle Villa e Ana Maria Villa. Teve dez netos, entre os quais tenho a sorte de me incluir. Sorte ainda maior de ter sido por ele criado, rodeado de livros e discos, e forjado em sua oficina da existência. Ensinava pelo exemplo e pela palavra (nunca precisou levantar-me a mão ou a voz). Deu-me uma educação clássica, me abrindo a visão para tudo o que ele amava: música, literatura, filosofia, história e, é claro, o direito. Contando histórias sobre os gregos e os romanos, ensinava como lidar com os problemas da vida cotidiana. Acabou por deixar esta vida justamente no dia do meu aniversário, tamanha nossa conexão. O maior exemplo que deixou à família e a todos que puderam conviver com ele foi o da retidão de caráter e da força do amor e do conhecimento. Uma frase que sempre repetia: “tudo chega para quem sabe esperar”.

O professor Adelman ensinava essa tranquilidade estoica, paciência e moderação (“moringeração”, era a palavra que gostava de usar). Sempre advertiu para o perigo dos atalhos: nunca ceder às

tentações do que denominava “ínvio caminho da desonestidade”. É preferível abrir mão de uma conquista a alcançá-la por meios vergonhosos. Ensinava, também, a ambição saudável: a importância de ter estabilidade financeira, reconhecimento dos pares e, principalmente, independência. Só assim era possível ser livre e gozar, com moderação, as coisas boas da vida. Aos alunos dizia: você não precisa ser sempre o melhor, mas deve estar sempre entre os bons. Seu maior conselho era: se diferencie pelo que você sabe. Conheça o direito, mas não só o direito: “sem cultura humanística, o jurista não passa de um autômato”. Sempre haverá espaço para quem tem conhecimento, cultura e inteligência, ele dizia. Não seja um profissional “de esquemas”, este tipo tem carreira curta, dias contados e uma biografia da qual não poderá se orgulhar ao fim da vida. Construa seu nome e associe a ele palavras como “ética” e “técnica”. É importante ter reconhecimento, sucesso, saúde financeira e, eventualmente, ocupar espaços de poder, mas nada disso é definitivo. Somente duas coisas são suas, construídas por você, e ninguém nunca poderá lhe tirar, ele dizia: seu conhecimento e o seu nome.

Assim, a maior lição do professor Adélmán foi, sem dúvida, a honestidade. Em épocas em que a pureza de caráter parece tão fora de moda, seu exemplo serve para lembrar que é possível ser feliz vivendo com honra. Praticante da filosofia do grande estilo, transformou sua vida em obra de arte. Foram 92 anos muito bem vividos e felizes: realizado pessoalmente e profissionalmente, reconhecido pela comunidade jurídica, viveu uma vida inteira ao lado da mulher que amou (sua Maizia) e formou a família de que tanto se orgulhava. Manteve a cabeça lúcida e jovial até o último momento (nunca deixou de assinar e ler religiosamente sua revista científica de direito administrativo preferida). Guiou a família com muito amor, palavra que o definia (quem teve a sorte de conviver com ele e experimentar sua ternura bem o sabe). Ensinou que não se consegue nada com violência, que a razão sempre prevalece à força bruta (“já reparou que o touro nunca vence o toureiro, embora maior

e mais forte?”, ele lembrava). Ensinou, também, o poder da palavra, do diálogo e do exemplo. Ensinou o amor ao conhecimento, às artes, à família e sobretudo à vida. Essa a última lição que nos deixou, nos momentos finais, após quase um século de vida e 3 meses lutando em um leito de UTI: viver nunca é demais e da vida não se desiste!

Homenagem mais do que merecida a quem dedicou seus melhores anos e sentimentos à Universidade Federal do Piauí. Entre os docentes do programa de Mestrado em Direito da UFPI estão vários de seus ex-alunos (provavelmente daí esta homenagem). A obra, composta de textos da melhor qualidade, tem por mote “Direito, Democracia e Mudanças Institucionais”. Nenhum tema que pudesse melhor refletir as preocupações do professor Adelman, que deixou a toda a comunidade jurídica, através de seu labor na UFPI, o legado da Democracia, do Estado de Direito e sua preocupação com as instituições e com a transformação social. Inspirou uma geração de juristas que hoje ocupam as mais diversas posições no cenário jurídico e acadêmico: advogados, juízes, promotores, delegados, professores, pesquisadores, servidores das mais diversas instituições, representantes do poder executivo e legislativo. Todos influenciados por seu ímpeto de realizar a força normativa da Constituição, de proteger e resguardar os direitos e garantias fundamentais, de organizar o Estado e os Poderes de forma racional e eficaz. Eterniza-se, nesta obra, sua crença de que o direito deve existir para a emancipação da humanidade.

Teresina, 01 de dezembro de 2020.

Lucas Villa

Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Piauí



**DOUTRINA
ESTRANGEIRA**

DISCAPACIDAD Y DERECHO PROCESAL

Lorenzo M. BUJOSA VADELL

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

1 INTRODUCCIÓN

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad¹, con el objetivo de generalizar en el ámbito iberoamericano una justicia que proteja a los más débiles, pretende asegurar la configuración de los sistemas judiciales como instrumentos para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. No bastan las proclamaciones en textos principales, que no vengan acompañadas de medidas concretas para la garantía de tales derechos.

Pese a su carácter de *soft law*, es decir, de meras recomendaciones dirigidas a los poderes públicos de los Estados iberoamericanos, la fuerza de los fines propuestos, las necesidades explicitadas en su contenido y su directo enlace con algunas normas internacionales con plena fuerza normativa, hacen que la consideración de estas Reglas sea imprescindible para el perfeccionamiento de nuestros ordenamientos jurídicos.

¹ Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, y actualizadas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Quito, en abril de 2018. *Vid.* <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilvia/item/817-cien-reglas-de-brasilvia-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>

Son muchos y variados los beneficiarios de esta regulación, todos ellos agrupados bajo el criterio de que “su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”², en el bien entendido que “la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad de cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”. Hay, por lo tanto, un núcleo duro que se pide preservar, y un ámbito de flexibilidad y adaptación a las múltiples circunstancias concretas que podemos encontrar en la diversidad iberoamericana.

Entre los múltiples grupos afectados por las dificultades a las que hacemos alusión están, sin duda, las personas mayores, que podemos referir a ese concepto indeterminado en cuanto a la certeza de sus límites que sería el de “ancianidad”, al que el *Diccionario de la Lengua Española* (en adelante, DLE) define, en su segunda acepción, como “Último período de la vida ordinaria del ser humano, cuando ya se es anciano”. Y a su vez, el término “anciano” viene concretado como “Dicho de una persona: De mucha edad”. Todos sabemos qué es un anciano, pero nos puede resultar más complicado acordar cuándo empieza esta categoría, es decir, a qué edad se empieza a ser anciano³.

2 Así, la Regla 3ª, en su segundo párrafo, indica: “En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

3 Como dice GROSMAN, Cecilia M., “Introducción. Los adultos mayores y las

En cualquier caso, como se determina en la Regla 6.^a de las Reglas de Brasilia, “el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad”. Como veremos en las páginas que siguen, se formula un importante cambio respecto a la regulación hasta ahora vigente en España, pues en lugar de promover la incapacitación de tales personas con especiales dificultades debido a su avanzada edad, se opta por mantener su plena capacidad, aunque necesitada de apoyos que deben articularse con la debida eficacia. Todo ello, por supuesto, tiene inevitables consecuencias procesales que habrán de considerarse más adelante.

2 EL NUEVO CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Precisamente, la Regla 7.^a de las Reglas de Brasilia atiende a este concepto de “discapacidad” y lo refiere a la “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de

relaciones familiares”, en *Los adultos mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el Derecho de Familia* (Dr. C.M. Grosman), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, p. 20: “Cuando hablamos de ‘adultos mayores’, ¿a quién nos estamos refiriendo? En una orientación se pone una edad precisa -60, 65 o 75 años-. A nuestro juicio, esta franja vital con sus específicos requerimientos y el modo en que la persona se instala frente a ella se halla condicionado por múltiples factores, como la salud, la ecuación personal, familiar o económica”.

condiciones con las demás”⁴. Hay una evidente interrelación entre la compleja problemática derivada del envejecimiento y la situación de vulnerabilidad que se acaba de describir de la mano de la Regla 7.^a Sin embargo, es preciso puntualizar que la condición de anciano no lleva necesariamente a una vulnerabilidad completa, es decir, como es evidente, no todos los adultos mayores se encuentran en el mismo grado de vulnerabilidad, lo que invalida una consideración única para afrontar sus necesidades. Lo que se pretende es compensar sus dificultades, pero también asegurar el respeto a la voluntad y a las preferencias del anciano, en la medida que sea posible⁵.

La articulación de esta doble circunstancia, que pudiera aparecer como una ardua contradicción, deriva en la necesidad de establecer condiciones de accesibilidad “para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad,

4 Sobre la compleja construcción de la discapacidad *vid.* PÉREZ BUENO, Luis Cayo; ÁVAREZ RAMÍREZ, Gloria, “Sustrato social”, en *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (Dir. Rafael de Lorenzo García y Luis Cayo Pérez Bueno), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 99-102.

5 CIANCIA, Olga Edda, y VALLET, Hilda Eleonora, *Adultos mayores: Ciudadanos y actores sociales*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA - La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 6, nos recuerdan, en este sentido, que: “en la sociedad actual, se tiende a estigmatizar al adulto mayor, no tomando en cuenta sus decisiones, y partiendo de la premisa de que sus facultades se ven fatalmente alteradas por el paso del tiempo. Así los familiares o cuidadores no toman en cuenta sus pareceres, limitando entonces la autonomía de la voluntad del anciano, quien a menudo no puede tan siquiera fijar su domicilio donde le plazca (...) se advierte que la sociedad o el entorno del adulto mayor tiende a ‘sustituir’ la voluntad de estas personas, ora de buena fe, ora movidos por otros intereses que no son precisamente los del bienestar del anciano”.

comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural”. Todo ello, además, debe ser considerado desde la Regla 25.^a, que llama a promover “las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad”.

Estos importantes criterios generales adquieren una intensidad mayor si tenemos en cuenta las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas para las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008⁶ (en adelante, CDPD). Pero ayuda a contextualizar los cambios el tener en cuenta algunas afirmaciones del preámbulo, entre ellas la referencia a la discapacidad como concepto evolutivo y dependiente de las circunstancias concretas (“que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”) y la relativa a “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

Un efecto transversal tiene la formulación del propósito de la Convención, dirigido a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad humana. Sobre esa base, se dispone que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o

6 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1 CDPD).

Entre otras obligaciones generales, los Estados se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos fundamentales y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad y, en ese sentido, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas de discapacidad y, en este sentido, a adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la convención, así como a tomar las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (art. 4.1.a y b CDPD).

Nos interesan, particularmente, el artículo 12 CDPD, acerca del “igual reconocimiento como persona ante la ley” y el artículo 26 CDPD, sobre “habilitación y rehabilitación”. Empezando por este último, es importante subrayar que los Estados se comprometen a tomar medidas -efectivas y pertinentes- para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y la participación plena en todos los aspectos de la vida⁷. Como puede observarse, toda esta regulación lo que pretende es asegurar la igualdad material como principio constitucional (art. 9.2 CE) respecto a quienes tengan deficiencias que, en principio les puedan

⁷ Conviene apuntar que los servicios y programas deben comenzar “en la etapa más temprana posible” y deben basarse “en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona” y deben apoyar “la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunicad, incluso en las zonas rurales”.

dificultar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad.

No menor trascendencia jurídica tiene aún el artículo 12 CDPD, del que se derivan cambios conceptuales importantes, por influencia de las regulaciones de los países anglosajones⁸, que no distinguen entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, Como es sabido, sobre tales conceptos se construyeron los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y capacidad procesal, que se beneficiaron de una gran expansión por las necesidades de la realidad del tráfico jurídico y, posteriormente, por la constitucionalización del derecho de acceso a la jurisdicción, que se reflejó en la práctica jurisprudencial primero y en regulación legislativa después, en un fructífero tratamiento del principio *pro actione*. El cambio conceptual de base al que nos referimos necesariamente tiene que tener consecuencias respecto al presupuesto de la capacidad procesal, cuya amplia teorización sobre sus defectos y sobre la suplencia de los mismos podrá seguir considerándose válida en sus términos generales, pero exigirá adaptaciones y, sobre todo, cambios prácticos, dada la superación de la noción de incapacitación por la aplicación de los necesarios apoyos a personas que mantienen su capacidad plena.

En efecto, los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y reconocerán que las personas con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A pesar del contrasentido terminológico que supone afirmar que personas con discapacidad tienen capacidad plena, es necesario tener en cuenta

8 *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (Coord. M.C. Gete-Alonso y Calera), Colegio Notarial de Cataluña – Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 26-27.

que la discapacidad no es jurídica, sino material (“disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”, según la definición de “discapacitado” del DLE). Por tanto, separando ambos planos, es perfectamente coherente subrayar que las personas con estas deficiencias (“físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”, art. 1.II CDPD) mantienen su plena capacidad jurídica. No hay necesidad, pues, de suplencias de defectos de capacidad, sino de instrumentos de apoyo que permitan superar las dificultades materiales. Así, el apartado tercero del artículo 12 CDPD dispone que “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Además, deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 12.4 CDPD).

3 LA NECESIDAD DE MEDIDAS ESPECÍFICAS PARA GARANTIZAR LA CAPACIDAD LEGAL PLENA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL ACCESO A APOYOS

Como acabamos de ver, la ratificación del Convenio de Nueva York nos obliga a unificar la capacidad jurídica y la capacidad

de obrar⁹. La capacidad de la persona es única, y por tanto incluso las personas con problemas cognitivos deben considerarse como personas plenas en el sentido jurídico de la expresión, y con posibilidad de ejercer todos los derechos. Se parte, pues, de una presunción *iuris et de iure* de capacidad en el sentido de que todas las personas con discapacidad deben ser considerados también sujetos de derechos y obligaciones, y tienen capacidad en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de los diferentes actos jurídicos¹⁰. Pero esta plena capacidad, en el caso de personas mayores, irá acompañada de necesidades específicas, que son estudiadas con detenimiento por la Gerontopsicología¹¹.

En desarrollo de estas ideas, y por exigencias del Derecho internacional, se ha hecho imprescindible la reforma interna

9 Como afirma GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, “El nuevo modelo de la discapacidad...”, *op. cit.*, p. 19: “Es la capacidad jurídica, tal y como entendemos en los ordenamientos civiles del *Civil Law*, y la capacidad de obrar (de ejercicio), juntas como un todo inescindible. Se trata del protagonismo jurídico (legal) de las personas con discapacidad, como el de las demás personas (en igualdad de condiciones) en todos los ámbitos vitales”.

10 Así es como lo establece el artículo 6.º de la Ley colombiana 1996: “Presunción de capacidad. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”.

11 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Rocío; PINQUART, Martin; TORPDAHL, Per, “Geropsychology. Demographic, Sociopolitical, and Historical Background”, in *Geropsychology. European Perspectives for an Aging World* (Ed. Rocío Fernández Balles-teros), Hogrefe, Cambridge, MA, 2007, p. 5: “Population aging is not only a trend in the European region, but a worldwide phenomenon. The silent demographic revolution occurred during the 20th century and in the expression of human intelligence and social development but is also a challenge for science and society. At the same time that aging is an opportunity for individuals and societies, aging is associated with risk of illness and disability, causing pain and suffering to the individual and his or her family, and it is linked to high social and health costs”.

de esta materia¹². En este sentido, debe ser analizado el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de 17 de julio de 2020¹³, que sigue la senda protectora ya abierta por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹⁴ y la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de

12 En expresión de BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, “La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York”, en *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad* (Dir. Julio Banacloche Palao), Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 74-75, se trata de pasar del “modelo médico o rehabilitador” al “modelo social” de la discapacidad: “Así, frente al tratamiento tradicional de la discapacidad en las legislaciones nacionales, basado en un modelo ‘médico o rehabilitador’ en el que se concibe a las personas con discapacidad como personas enfermas que deben someterse a tratamiento para superar sus deficiencias y así poder adaptarse a la forma de vida existente en la sociedad, la Convención acoge el modelo ‘social’, en el que la discapacidad se considera una cuestión de derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas, capaces de tomar decisiones y ser miembros activos de la sociedad, y no como meros *objetos* de caridad, tratamiento médico y protección social”.

13 BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, de 17 de julio de 2020.

14 BOE. núm. 277, de 19 de noviembre de 2003. La Exposición de Motivos de esta Ley es en buena parte aplicable al asunto que nos ocupa: “Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución, tratan de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución”. Pero esta regulación se limitaba a los aspectos patrimoniales, que no son poco relevantes, pues pueden dar lugar a abundantes abusos; como continúa diciendo la Exposición de Motivos: “el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

las Personas con Discapacidad¹⁵, así como otras en aspectos más particulares. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹⁶, realizó una armonización de la legislación vigente sobre la materia, teniendo como referente principal la Convención internacional de 2006¹⁷.

La idea central del Proyecto de Ley es que el predominio de la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, pero basado, en cuanto sea posible, en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de formar sus propias decisiones. Así, se hace necesario modificar numerosas normas, entre las que debemos destacar el Título XI del Libro Primero del CC¹⁸ y veintiocho apartados de la LEC. Por lo que a la perspectiva

15 BOE. núm. 184, de 2 de 2 de agosto de 2011. Conforme a su Exposición de Motivos: “La presente Ley, por tanto, ahonda en el modelo social de la discapacidad, cuyo precedente inmediato sería la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, pero da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva”.

16 BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

17 Como resume la Exposición de Motivos: “Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad. También se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones”.

18 El mencionado título pasa a rubricarse: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, y como señala la Exposición de Motivos: “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no

procesal se refiere, se deben sustituir los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con capacidad.

Será necesario un análisis más concreto de los nuevos preceptos para lo cual nos apoyaremos en la comparación con dos normativas ya vigentes, por las que se procedió a incorporar al Derecho interno la Convención internacional de 2006: por un lado, en Portugal, y por otro, en Colombia. En el país vecino se trata de la Ley núm. 49/2018, de 14 de agosto, por la que se crea el régimen jurídico del mayor acompañado, y se eliminan los institutos de la interdicción y de la inhabilitación¹⁹. Por su parte, en la República de Colombia, se trata de la Ley 1996, de 26 de agosto de 2019, por medio de la cual se establece el régimen de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, con el objetivo de establecer medidas específicas para garantizar la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad y el acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma (art. 1)²⁰.

Contrasta la sistemática de la ley colombiana con la dispersión de la ley portuguesa y de la propuesta española. Ello se debe a que en Colombia se optó promulgar una ley especial, mientras que el proyecto español prefiere introducir modificaciones en leyes generales: Ley del Notariado, Ley Hipotecaria, Ley del Registro

va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise”.

19 *Diário da República*, 1.ª série, núm. 156, de 14 de agosto de 2018. *Lei n.º 49/2018. Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966.*

20 *Vid.* http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html

Civil, Ley de la Jurisdicción Voluntaria, los ya mencionados CC y LEC, además de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

En el ordenamiento portugués se introduce el concepto de “acompañamiento del mayor”, por el cual el mayor imposibilitado, por razones de salud, deficiencia, o por su comportamiento, de ejercer, plena, personal y conscientemente, sus derechos o, en los mismos términos de cumplir sus deberes, se ve beneficiado por las medidas de acompañamiento previstas en el Código Civil (art. 138 CC), con la finalidad de asegurar su bienestar, su recuperación, el pleno ejercicio de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, salvo las excepciones legales o determinadas por sentencia.

La legislación colombiana utiliza el término “apoyos” en el sentido de tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal: así, asistencia en la comunicación, asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales (art. 3.4. Ley 1996). Pero se habla también de “apoyos formales”, es decir, los reconocidos por esta ley y que han sido formalizados por algunos de los procedimientos vigentes, por los que se facilita y garantiza la toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado (art. 3.5. Ley 1996).

En el primero de los artículos que pretende introducir el Proyecto de Ley español en el nuevo Título IX del Libro I del CC, como primera disposición general, se proclama la finalidad de las medidas de apoyo necesarias: “permitir el pleno desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”. Y se exige, además, que tales medidas estén inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de los

derechos fundamentales. Las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen tienen en España larga tradición: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial²¹, que tendrán una función de asistencia a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetándose su voluntad, deseos y preferencias²².

Es clara la regulación principal de esta materia, mucho más evidente en la legislación colombiana, que proclama en su artículo 4.º los principios que “guiarán la aplicación y la interpretación de la presente ley en concordancia con los demás principios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de garantizar la efectiva realización del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad”. Así, se enumeran los siguientes:

- Dignidad.
- Autonomía (Respeto del derecho de las personas a

21 Se distinguen en el artículo 250. II, III y IV de la regulación introducida en el CC por el Proyecto de Ley las tres figuras jurídicas: “Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”.

22 Con razón se habla del protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dris. Sofía de Salas Murillo y M.ª Victoria Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-163, y LEGERÉN-MOLINA, Antonio, “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, en la misma obra colectiva, pp. 165-212.

autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme su voluntad, deseos y preferencias propias, en tanto no sean contrarios a la Constitución, a la ley y a los reglamentos internos que rijan las entidades públicas y privadas.

- Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico.
- No discriminación.
- Accesibilidad.
- Igualdad de oportunidades.
- Celeridad.

De manera menos visible, pero suficientemente clara el Proyecto español ya hemos visto que explicita como principios inspiradores el respeto a la dignidad humana y la tutela de los derechos fundamentales. Pero hay que añadir a lo ya expuesto, que en el nuevo artículo 249 del CC español proclama también la prioridad de la voluntad de la persona de que se trate por delante de las medidas de apoyo de origen legal o judicial, las cuales solo serán de aplicación en defecto o insuficiencia del desarrollo de la autonomía de la persona con discapacidad. Es pertinente además la referencia a unos principios generales del Derecho constitucional, que deben informar la práctica de la aplicación de todas estas medidas: los principios de necesidad y proporcionalidad.

El criterio de la aplicación subsidiaria de las medidas es claramente explicado en los párrafos segundo y tercero del nuevo artículo 249 CC, cuando se dispone que las personas que presten el apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera; igualmente deben procurar que

la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Con un importante apunte dirigido al futuro, pues en la medida de lo posible debe fomentarse que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo, es decir, se fomenta la autonomía personal de la persona discapacitada.

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando a pesar de “haberse hecho un esfuerzo considerable” -la indeterminación deberá concretarse con los criterios de proporcionalidad-, “no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas”, para lo cual será preciso tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, todo ello para procurar que la decisión que finalmente se adopte se acerque lo más posible a la que hubiera adoptado la persona discapacitada si hubiera podido hacerlo. Las vaguedades terminológicas y la utilización de conceptos jurídicamente indeterminados en puntos tan importantes como la formación de la voluntad válidamente emitida no dejan de suscitar dudas fundadas acerca de la problemática que pueda darse en la práctica y en cuanto a las dificultades para su control²³. La necesidad de peritajes psicológicos encarecería notablemente cualquier procedimiento y complicaría la toma de decisiones²⁴.

23 *Vid.* en cuanto a los debates planteados y las principales críticas, GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen, “El nuevo modelo de la discapacidad...”, *op. cit.*, pp. 28-36.

24 BUSH, Shane S., “Ethical issues in forensic Geropsychology”, *Forensic Geropsychology. Practice Essentials*, (Ed. Shane S. Bush and Andrew L. Heck), American Psychological Association, Washington D.C., 2018, p. 21: “Geropsychologists practicing in forensic contexts have numerous ethical issues to attend to and multiple

Sin embargo, como ha podido observarse, en esta regulación propuesta están ya formuladas ciertas salvaguardias que será necesario aplicar en los casos concretos. Pero en el último párrafo del proyectado artículo 249 se habilita al juez para dictar las que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios antes señalados “y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”. Una vez más la legislación colombiana es expone su regulación de manera más explícita y ordenada, pues empieza definiendo qué debe entenderse por salvaguardias: “todas aquellas medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”²⁵. Sigue además con una formulación de los criterios que deben seguirse:

- Necesidad; es decir, sólo en los casos en que la persona titular del acto jurídico lo solicite, o cuando no sea posible establecer de forma inequívoca la voluntad y preferencias de esa persona.
- Correspondencia con las circunstancias específicas (Adecuación)

resources to help promote ethical practices. Because of the diversity of forensic activities in which geropsychologists can engage, each practitioner needs to identify those ethical issues that are relevant to their practices, the ethical challenges that are most likely to be encountered, and the resources that can guide ethical practice”.

25 MARRA, Angelo D., “I diritti delle *persone con disabilità*”, en *Soggetti deboli e diritto incerto. Un'indagine multidisciplinare* (A cura di Angelo Viglanisi Ferraro), Aracne, Roma, 2014, p. 69: “Da questo punto di vista, è necessario un cambio di prospettiva che sappia, all'occorrenza ma senza eccesi, abbandonare logiche formalistiche in favore di logiche più concrete e immediate che rendano esercitabili i diritti proclamati”.

- Duración concreta, por períodos de tiempo definidos y nunca mayores a los establecidos en la ley.
- Imparcialidad, pues las personas que presten su apoyo deben obrar de manera ecunánime en relación con los actos jurídicos que se realicen, respetando el derecho a tomar riesgos y a cometer errores de la persona titular del acto y sin poder influenciar indebidamente la decisión²⁶.

En la legislación proyectada en España se establecen toda una serie de prohibiciones a las personas que desempeñen alguna de las instituciones jurídicas de apoyo, la posibilidad de previsión en escritura pública de medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, la formulación de poderes y mandatos preventivos, entre otras profusas normas aplicables en particular a la guarda de hecho, a la curatela o al defensor judicial de la persona con discapacidad.

Por lo que se refiere a la legislación portuguesa conviene destacar la limitación del “acompanhamento” a lo que sea necesario (art. 145 CC) y, se prevé que, en función de cada caso e independientemente de lo que se pida²⁷, el tribunal puede asignar

26 Desde el punto de vista psicológico: KAREL, Michael J., “Ethical issues in Long-Term Care”, in *Geropsychology and Long Term Care. A practitioner’s Guide* (Eds. Erlene Rosowsky, Joseph M. Casciani, Merla Arnold), Springer, New York, 2009: p. 118: “Ethical dilemmas occur when two or more possible courses of action, based on competing values or concerns, come into conflict. Psychologists working in LTC may face ethical dilemmas related directly to psychology practice, (...), but may also become aware of, or asked to consult regarding, a range of ethically challenging issues. Presented is a general framework that psychologists can use to consider and facilitate resolution of ethical conflicts that arise in long term care practice settings”.

27 Como puede observarse, hay aquí una importante desviación respecto a las normas ordinarias de congruencia y una notable activación de las facultades materiales del juez en la dirección del proceso. El órgano jurisdiccional no debe limitarse a conceder o denegar lo que se le pida, sino optar motivadamente por algunos de los regímenes legales que la ley contempla. El predominio del interés

al acompañante alguno o algunos de los regímenes que el propio artículo enumera: a) ejercicio de las responsabilidades parentales o de medidas para suplirlas, de acuerdo con las circunstancias; b) representación general o representación especial con indicación expresa, en este último caso, de las categorías de actos en que sea necesaria; c) administración total o parcial de los bienes; d) autorización previa para la realización de determinados actos o categorías de actos; e) intervenciones de otro tipo, debidamente explicitadas. En el ejercicio de tales funciones, es preciso que el acompañante priorice el bienestar y la recuperación del acompañado “con la diligencia requerida a un buen padre de familia” en la concreta situación considerada y se exige un contacto permanente entre uno y otro, debiendo el acompañante visitar al acompañado, como mínimo, con una periodicidad mensual, o con otra periodicidad que el tribunal considere adecuada (art. 146 CC).

El principio general, en la normativa portuguesa, se formula diciendo que “el ejercicio por parte del acompañado de derechos personales²⁸ y la celebración de negocios de la vida ordinaria son libre, salvo disposición en contrario de la ley o de una decisión judicial”. Y la finalidad de las medidas también aparecen claras en artículo 140 CC, por el cual se dispone que el acompañamiento del

público en la figura del “acompanhamento” justifica esta limitación del principio dispositivo, y en tanto venga restringida a las posibilidades previstas en el mismo artículo y con posibilidad de controlar su incumplimiento no debería merecer reproches.

28 La ley explicita de manera ejemplificativa qué deben considerarse “derechos personales”: entre otros, los derechos al matrimonio o a constituir uniones de hecho, de procrear, de reconocer la paternidad o de adoptar, de cuidar y de educar los hijos biológicos y adoptivos, de escoger profesión, de desplazarse por el país o al extranjero, de fijar domicilio y residencia, de establecer relaciones con quien considere y de testar”.

mayor se dirige a asegurar su bienestar, su recuperación²⁹, el pleno ejercicio de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, salvo las excepciones legales o las determinadas por la sentencia.

4 CONSECUENCIAS PROCESALES

Como debiera resultar evidente tras lo que llevamos dicho, los importantes cambios que las legislaciones mencionadas operan en la teoría general del Derecho, o si se prefiere, en la parte general del Derecho Civil, tienen consecuencias procesales claras, que las leyes de reforma también han debido tener en cuenta, modificando a su vez el Código de Proceso Civil o previendo la modificación de la LEC. Tendremos que fijarnos preferentemente en dos de ellas, por un lado, respecto a los presupuestos procesales de las partes, y en particular respecto a la capacidad procesal, y por otro, respecto a la introducción de cauces procesales para la determinación de las medidas de acompañamiento o de apoyo.

4.1 Cambios en cuanto a la capacidad procesal

Al margen de la expansión que, primero en la jurisprudencia, y después en la propia normativa procesal, benefició al concepto de capacidad para ser parte, de modo que el principio *pro actione* desbordó incluso la literalidad del artículo 24.1 CE (“Todas las personas...”) haciendo que la personalidad y la subjetividad procesal dejaran de coincidir (art. 6 LEC), las consideraciones anteriores afectan en la práctica al modo de comparecer en juicio,

²⁹ Nótese que se trata de una regulación general para mayores de edad, y no necesariamente ancianos. En estos últimos casos es mucho más improbable que pueda preverse tal recuperación en casos de demencia.

y por tanto, a la aplicación de la capacidad procesal³⁰.

Teniendo en cuenta el tenor del primer apartado del artículo 7 LEC, sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles. Pero en el pleno ejercicio de los derechos civiles también están las personas con discapacidad, que ya no serán incapacitadas. Por consiguiente, a efectos de comparecer en juicio, no se trata de suplir ningún defecto de capacidad, que impediría la válida prosecución del proceso por ser un presupuesto procesal, sino que habría que atender a un criterio mucho más específico y variable, que dependerá de la necesidad de mayores o menores apoyos atendiendo a las circunstancias concretas.

El artículo 19 del CPC portugués señala, en este sentido, que los mayores acompañados que no estén sujetos a representación pueden intervenir en todas las acciones (procesos) en que sean partes y deben ser citados cuando estuvieren en posición de demandados, so pena de verificarse la nulidad derivada de la falta de citación, aunque haya sido citado el acompañante. Por tanto, la mera figura del acompañante no supone una suplencia de defecto alguno de capacidad procesal, ni tampoco necesariamente ninguna representación para el proceso³¹, que dependerá de otros factores

30 Como decía DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Temis, Bogotá, 2.^a ed., 2009, pp. 555-556: “Así como la capacidad jurídica que en general tienen todas las personas, no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también la capacidad de esas personas para ser partes en un proceso no implica que siempre puedan intervenir de manera personal, como directa e independiente”.

31 No se trata, pues, de suplir o integrar la capacidad procesal. No será ya correcta, con la nueva regulación, la clara distinción que exponía RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, p. 237: “Efectivamente, para ostentar la condición de parte es suficiente tener aquella aptitud genérica que denominábamos capacidad para ser parte. Si por otra razón, el sujeto no es capaz de comparecer directamente en juicio, habrá que buscarle un mecanismo sustitutivo. Ello se logra mediante expedientes distintos que suplen o

previstos en la ley³².

Es clara, de nuevo, la legislación colombiana, pues el artículo 8.º de la Ley 8 1996, dispone que todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con las modificaciones y adaptaciones necesarias para realizar los mismos. También actos procesales, aunque no se diga expresamente. Lo que sí se expresa son dos presunciones importantes que subrayan lo anterior: primera, que la capacidad de realizar actos jurídicos de manera independiente se presume. Habrá que justificar las excepciones. Y segunda, que la necesidad de ajustes razonables para la comunicación y la comprensión de la información no desestima la presunción de capacidad para realizar actos jurídicos de manera independiente.

Para introducir en nuestro ordenamiento estas puntualizaciones derivadas de la normativa internacional en torno a la comparecencia en juicio, se prevé lo que se llaman “ajustes para personas con discapacidad”, de modo que en los procesos en los que actúen como parte personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y flexibilizaciones que resulten necesarias en materia cognitiva o sensorial, todo ello con el fin de garantizar su participación en condiciones de igualdad (art. 7.bis LEC). Nos parece correcta la alusión a las modificaciones y flexibilizaciones necesarias en el ámbito cognitivo o sensorial, pues serán estos las deficiencias físicas o psíquicas que hay que superar para que pueda conocer y entender el sujeto que actúa como parte siendo persona discapacitada. Conviene destacar también la amplitud legitimatoria

integran la capacidad procesal, según los casos”.

32 Bien es cierto que la intervención del mayor acompañado respecto a actos sujetos a autorización queda subordinada a la orientación del acompañante, que prevalecerá en caso de divergencia.

para solicitar estas medidas: tanto cualquiera de las partes, como el Ministerio Fiscal o el juez de oficio. Pero nos parece criticable que no se plantee una modificación del artículo 7 LEC, puesto que de la lectura conjunta del apartado primero con el segundo, parece inferirse que el mecanismo de la representación o el de la asistencia son de aplicación solo a los supuestos de personas físicas que no estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles. En cambio, las personas discapacitadas están en plenitud de sus derechos civiles, pero necesitan de los mecanismos de apoyo que la ley o el juez establezcan para la realización de actos procesales válidos. La capacidad procesal no dependerá, pues, de la ostentación de la plenitud de derechos civiles de las personas físicas, sino del grado de apoyo que se necesite para los actos procesales en las personas discapacitadas que sean parte procesal.

4.2 Cambios respecto al procedimiento de incapacitación

Sustitución de los procedimientos de incapacitación por los procedimientos dirigidos al establecimiento de medidas de acompañamiento, para la determinación de los apoyos para la realización de actos jurídicos o para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad.

A) En Portugal

La figura del “acompanhamento”³³, según la reiterada ley

33 El nuevo artículo 138 del CC portugués establece que “O maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos oi de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres, beneficia das medidas de acompanhamento previstas neste Código”.

portuguesa que modificó el Código Civil, debe ser decidido por el tribunal, tras audiencia personal y directa del beneficiario e una vez ponderadas las pruebas. Ello no obsta para que, en cualquier momento del procedimiento, puedan ser determinadas medidas de acompañamiento provisionales y urgente, que se consideren necesarias para proveer a la persona y bienes del interesado. De todas formas, no puede olvidarse que la aplicación de estas medidas tiene un carácter supletorio, por tanto, no será aplicable esta institución si los objetivos perseguidos por ella se encuentran garantizados a través de los deberes generales de cooperación y de asistencia que sean aplicables.

Como establece el artículo 3 de la Ley núm. 49/2018, se procedió en consecuencia, a modificar diversos artículos del *Código de Processo Civil* y en ellos, entre otras previsiones, se establece una sencilla regulación de lo que denomina “o proceso de acompanhamento de maior”. Se establece su carácter urgente, así como la aplicación analógica, “con ciertas adaptaciones” de lo dispuesto para los procedimientos de jurisdicción voluntaria en lo que respecta a los poderes del juez, al criterio de enjuiciamiento y a la alteración de las decisiones con base en circunstancias sobrevenidas (art. 891.1 CPC).

Se inicia por un requerimiento, en el que deben pormenorizarse las circunstancias fácticas que fundamentan su legitimación y que justifican la protección de la persona mayor con la institución del “acompanhamento”; debe solicitarse la medida o medidas que se consideren adecuadas; indicar quién deber el acompañante y, en su caso, quién compone el consejo de familia; indicar la publicidad que debe darse a la decisión final³⁴

³⁴ Dispone el nuevo artículo 893 CPC que el juez, en cada caso, dispondrá qué tipo de publicidad debe darse al inicio, al trascurso y a la decisión final del proceso y que, cuando se considere necesario, puede determinarse la publicación de

y aportar elementos indiciarios sobre la situación clínica alegada. Seguidamente, cuando el proceso deba proseguir y el requirente de la medida no sea el beneficiario, el juez determinará su inmediata citación por el medio que considere más eficaz. En el plazo de diez días seguirá la respuesta del beneficiario.

Es preciso resaltar la previsión de poderes instructorios del juez, que deberá analizar los elementos aportados por las partes, deberá pronunciarse sobre las pruebas solicitadas y ordenará las diligencias que estime convenientes, incluida la designación de uno o varios peritos. Se exige, en todo caso, que el juez proceda a oír de manera personal y directa al beneficiario, si es necesario desplazándose al lugar donde éste último pueda encontrarse. La ley delimita la finalidad de esta audiencia directa y personal: no sólo averiguar su situación real, sino también valorar qué medidas de acompañamiento pueden ser más adecuadas. A este acto, normalmente asistirán el requirente, los representantes del beneficiario y el perito o peritos. Será el juez quien formule las preguntas, aunque cualquiera de los presentes puede sugerir las que estime convenientes³⁵.

anuncios en una página web oficial. Como es obvio, la aplicación de estas medidas respecto a la publicidad dependerá de la constancia de eventuales interesados a los que nos se pueda localizar personalmente y que son llamados para evitar indefensiones en sus derechos e intereses. Parcialmente en el mismo sentido, el artículo siguiente determina la remisión de comunicaciones -y también de órdenes- a instituciones de crédito, intermediarios financieros, oficinas de registro civil, de la propiedad y mercantil, a administraciones de sociedades o cualesquiera otras entidades.

35 Tenemos aquí un buen ejemplo de lo que se ha dado en llamar “el juez terapéutico”, en el que deben concurrir por lo menos dos características en común: “(1) El deseo de maximizar el bienestar emocional y psicológico de las personas y comunidades involucradas en un asunto legal; y (2) que incluyen en el derecho y en la práctica legal preocupaciones extralegales, factores que (van) más allá de los estrictos derechos, responsabilidades, obligaciones, derechos y deberes legales de los involucrados”. OSUNA, Luis, “El juez terapéutico”, en *Justicia terapéutica*

En el caso de designación de perito o peritos, si el juez lo determina, deberán elaborar un informe que precise, cuanto sea posible, la afección que sufre la persona discapacitada, sus consecuencias, la fecha probable de su inicio y los medios de apoyo y tratamiento aconsejables. Si persisten las dudas acerca de alguna de estas circunstancias, la ley permite al juez que autorice el examen en una clínica especializada, con internamiento nunca superior a un mes, u ordenar cualesquiera otras diligencias.

Una vez obtenidos los elementos necesarios, el juez nombrará al acompañante y determinará las medidas de acompañamiento concretas; además, en la medida de lo posible, fijará la fecha a partir de la que la aplicación de las medidas decretadas será conveniente. En la misma decisión el juez puede prever la designación de un acompañante sustituto, de varios acompañantes y, en su caso, del consejo de familia. Se señala que la sentencia debe referir expresamente la existencia de testamento vital y de medidas para cuidados de salud, así como garantizar el respeto a la voluntad que pueda haber anticipadamente expresado el acompañado.

B) En Colombia

Conforme a la reiterada Ley 1996, los apoyos para la realización de actos jurídicos podrán ser establecidos por medio de dos mecanismos:

1. A través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo;

2. A través de un proceso de jurisdicción voluntaria o

en Iberoamérica (Coords. Francisca Fariña, M.^a Silvia Oyhamburu. David Wexler), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 104.

verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado “proceso de adjudicación judicial de apoyos”³⁶.

Los acuerdos de apoyo pueden hacerse por un máximo de cinco años:

Por escritura pública ante notario.

- Ante conciliadores extrajudiciales en Derecho inscritos en los centros de conciliación.

Del mismo modo que en la legislación portuguesa, se admiten directivas anticipadas, es decir, la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos, sobre asuntos de salud, cuestiones financieras o personales, entre otras. Tales directivas deben constar por escrito y contener unos mínimos dispuestos en el artículo 23 Ley 1996. Se suscribirán como los acuerdos de apoyo: mediante escritura pública ante notario o mediante acta de conciliación ante conciliadores extrajudiciales en derecho.

Pero nos interesa particularmente el proceso judicial denominado “adjudicación judicial de apoyos”, como cauce jurisdiccional por medio del que se designan los apoyos formales a una persona con discapacidad, mayor de edad, para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos³⁷.

³⁶ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de 5 de septiembre de 2019, declaró improcedente la vía de tutela de derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, al acceso a la administración de justicia y a la dignidad humana, teniendo en cuenta la existencia de otros medios judiciales para alegar tales inconformidades. Se refería al proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio como mecanismo propicio para garantizar al supuesto discapacitado en el ejercicio de sus derechos.

³⁷ Como criterios generales para la actuación judicial (art. 34) el juez de familia debe tener presente: 1. La voluntad y preferencias de la persona titular del acto frente al tipo y la intensidad del apoyo para la celebración del mismo. 2. La

Todo ello implica una modificación de diversos artículos del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) a efectos de introducir los cauces procesales para la adjudicación de apoyos. En todo caso debe haber una valoración técnica de apoyos con el fin de acreditar el nivel y grados de apoyos requerido para la persona y para las decisiones determinadas en un ámbito específico:

- Se realizará por medio del procedimiento de jurisdicción voluntaria cuando sea promovido por la persona titular del acto jurídico³⁸, ante el juez de familia del domicilio de la persona titular del acto.
- Cuando sea promovido por persona distinta al titular del acto, se tramitará un procedimiento contradictorio llamado “verbal sumario”.

Cuando es la propia persona titular del acto jurídica la que ha promovido el procedimiento, la demanda debe reflejar su voluntad expresa de solicitar apoyos en la toma de decisiones para la celebración de uno o más actos jurídicos en concreto. Es esencial para la validez del proceso, la presencia de la persona titular del acto. Esta persona es la que puede aportar al proceso una valoración técnica de apoyos, aunque el juez puede considerarla insuficiente, en cuyo caso pedirá otra nueva.

relación de confianza entre la persona titular del acto y la o las personas que serán designadas para prestar apoyo. 3. En un mismo proceso se admite la adjudicación de distintas personas de apoyo para distintos actos jurídicos. 4. La valoración de apoyos debe hacerse conforme a las correspondientes normas técnicas. 5. En todas las etapas del proceso debe garantizarse la disponibilidad de los ajustes razonables que puedan requerirse para la comunicación de la información relevante, así como para satisfacer las demás necesidades particulares que la persona requiera para permitir su accesibilidad.

38 Es la forma eufemística con que se conoce a la persona con discapacidad en la Ley núm. 1996, de 26 de agosto de 2019.

En cuanto al informe de la valoración de apoyos³⁹, deberá consignar:

- Los apoyos que se requieren para la comunicación y la toma de decisiones en los aspectos que la persona considere relevantes.
- Los ajustes procesales y razonables que se requieran para participar activamente en el proceso.
- Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar una mayor autonomía en las mismas.
- Las personas que puedan actuar como apoyo para cada aspecto relevante de su vida, y en especial para los actos jurídicos concretos para los que se inició el proceso.
- Un informe general sobre el proyecto de vida de la persona.⁴⁰

El auto admisorio de la demanda se debe notificar a las personas que hayan sido identificadas como personas de apoyo en la demanda. El informe de valoración de apoyos también se trasladará a las personas involucradas en el proceso. Debe informar

39 La Consejería Presidencial para la Participación de las Personas con Discapacidad el 30 de junio de 2020 presentó la propuesta de Lineamientos y Protocolo para la Valoración de Apoyos. *Vid.* <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/DocumentosConsulta/consulta-200710-Lineamiento-protocolo-nacional.pdf>

40 Como señalaba la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-525/19: “... el modelo social erige la dignidad humana como un presupuesto ineludible para que las personas en situación de discapacidad puedan aportar a la sociedad y, junto con ello, sentirse parte de la misma sin ser excluidos por sus condiciones. En este sentido, las medidas estatales y sociales deben dirigirse a garantizar el mayor nivel de autonomía posible del individuo, mediante ajustes razonables requeridos por su condición, que no se concibe como limitación sino como diversidad funcional. En este orden de ideas, las personas en condición de discapacidad son reconocidas a partir de su diferencia”.

el Ministerio Público, que en Colombia no es la fiscalía. Recordemos el artículo 118 de la Constitución Política: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”. En este sentido, la Ley 1996 asigna al Ministerio Público la obligación de velar por los derechos de las personas con discapacidad en el curso de los procesos de adjudicación judicial de apoyos y la de supervisar el efectivo cumplimiento de la sentencia de adjudicación de apoyos.

Tras la oportuna práctica probatoria, se dictará sentencia en la que deberá constar:

- El acto o actos que requieren el apoyo, pero sólo los que se hayan planteado y no otros⁴¹.
- La individualización de la o las personas designadas como apoyo
- Delimitación de las funciones de estas personas
- Programas de acompañamiento a las familias cuando sean pertinentes y otras medidas para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona
- Las salvaguardias necesarias para evitar conflictos de interés o influencias indebidas.

41 Por consiguiente, la delimitación del objeto del proceso en estos procedimientos es mucho más rígida que en la regulación portuguesa. El principio dispositivo es el que rige la delimitación del ámbito objetivo de la sentencia, como ocurre en la mayor parte de procesos civiles.

Cuando se plantea por persona distinta al titular del acto jurídico, también se ejercita la pretensión en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad y deberá probarse que la persona está absolutamente incapacitada para manifestar su voluntad y preferencias y que está imposibilitada de ejercer su capacidad legal con lo que sus derechos pueden estar en riesgo por vulneración o amenaza de terceros. También en estos procesos es imprescindible la presencia de la persona titular del acto jurídico. En este procedimiento puede también anexarse a la demanda la valoración de apoyos realizada al titular del acto jurídico por parte de una entidad pública o privada. Si no fuera anexada, o considerara insuficiente la aportada, el juez puede solicitar una nueva valoración de apoyos u oficial a los entes públicos encargados de realizarlas⁴².

En el informe de valoración de apoyos, en estos casos en que el solicitante es persona distinta a la persona titular del acto jurídico, debe consignar, como mínimo:

- La verificación que permita concluir que la persona titular del acto está imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias.
- Las sugerencias respecto a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona para tomar decisiones a fin de alcanzar una mayor autonomía en las mismas
- Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones respecto al acto o actos concretos.

42 ARANGO ECHEVERRI, Ana María, “El impacto del proceso judicial de adjudicación de apoyos y su nuevo panorama para las personas con discapacidad”, https://repository.ces.edu.co/bitstream/10946/4970/1/1152468574_2020.pdf concluye que “la implementación de la adjudicación de apoyos se ve afectada teniendo en cuenta la realidad de la actividad judicial por la gran cantidad de procesos, por el bajo número de empleados que se tienen a disposición en los despachos judiciales para cumplir a cabalidad sus funciones podría verse afectada”.

- Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las comunicaciones verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.

Naturalmente, también en este procedimiento deberán ser notificadas todas las personas identificadas en la demanda y en el informe de valoración de apoyos como personas de apoyo. Una vez recibido tal informe se trasladará a las personas involucradas en el proceso y al Ministerio Público. Finalmente se dictará sentencia con un contenido muy similar a la anteriormente referida, en la que principalmente se reconocerá la función de apoyo de las personas designadas para ello.

Cada año la persona o personas de apoyo deben realizar un balance de los actos ejecutados a la persona titular de los actos y al Juez. Se trata de la evaluación del desempeño de los apoyos adjudicados judicialmente (art. 41 Ley 1996), para ello deberá exhibir al juez el tipo de apoyo que prestó en los actos jurídicos en los que tuvo injerencia, las razones que motivaron la forma de prestar el apoyo y la persistencia de una relación de confianza entre la persona de apoyo y la titular del acto jurídico.

C) En España

La regulación vigente en el capítulo II del título I del libro IV de la LEC española se refiere todavía a “los procesos sobre capacidad de las personas”. Estos preceptos contienen una norma sobre competencia territorial, un artículo dedicado a la

legitimación para los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad, otro que disciplina la personación del “presunto incapaz o persona cuya declaración de prodigalidad se solicite”, unas especialidades en materia probatoria y sobre celebración de audiencias preceptivas, otras sobre el contenido de la sentencia, la regulación de la reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación, la previsión de medidas cautelares específicas y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico⁴³.

Sin embargo, los cambios derivados de la Convención de Nueva York obligan a la modificación del proceso de incapacitación, así como al de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación. Si la capacidad no se ve alterada por las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, no tiene sentido hablar de incapacitaciones, ni de eventuales reintegraciones de la capacidad o de nuevas circunstancias que obliguen a delimitar el alcance de la incapacitación⁴⁴.

Por ello, el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal civil para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, prevé en su artículo cuarto, apartado del once al dieciocho, una nueva redacción de los artículos 755 a 762. Una primera crítica que puede hacerse es la de someter en demasía la estructura del nuevo contenido a las

43 *Vid.* HUERTAS MARTÍN, Isabel, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (Aspectos procesales y sustantivos)*, Comares, Granada, 2002.

44 Como señala en su informe el CGPJ de 29 de noviembre de 2018: “se ha de operar una profunda transformación procedimental, por cuanto los tradicionales procesos de incapacitación y modificación judicial de la capacidad dejan paso a procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad, así como las salvaguardias que habrán de asegurar la efectividad y la eficacia de las medidas adoptadas.”.

rúbricas originales de la LEC. Así, hay se propicia una normativa más conservadora que la comparada que hemos examinado. Hay que tener en cuenta también, sin embargo, la incorporación de un nuevo capítulo (III bis en el Título I de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

En el código procesal civil se aprovecha el artículo 756, inicialmente previsto para la competencia, para añadir las previsiones sobre el ámbito de aplicación: la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad, siempre que sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto. El cauce adecuado no depende, como en Colombia, de quien tiene la iniciativa para la designación de apoyos, sino principalmente la calidad del apoyo requerido (curatela) y la existencia de oposición en el expediente iniciado previamente.

La legitimación es amplia: puede iniciar estos procesos la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. El Ministerio Fiscal debe promoverlo de manera subsidiaria: si no existieran esas otras personas o, existiendo, no hubieran presentado la correspondiente demanda. Se permite la intervención procesal de las personas que tengan un interés legítimo.

Respecto al procedimiento, se dará traslado de la demanda al curador determinado para que pueda alegar lo que estime conveniente. Una vez admitida la demanda se recabará certificación del Registro Civil y demás registros pertinentes sobre las medidas de protección inscritas. Si trascurrido el plazo de contestación a la demanda la persona interesada no comparece, se procederá a la designación de un defensor judicial, a no ser que ya estuviera

nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser promotor del procedimiento. Hay una importante referencia al esfuerzo que debe desempeñar el Letrado de la Administración de Justicia para facilitar a la persona con discapacidad la comprensión del objeto, finalidad y trámites del procedimiento.

Además de las pruebas que correspondan conforme a las disposiciones generales de este título, se exige la entrevista de la persona con discapacidad, la audiencia al cónyuge no separado o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos⁴⁵ y se acordarán los dictámenes periciales necesarios o pertinentes. No tiene sentido acordar los que sean pertinentes, pero no necesarios, y es imposible considerar algún dictamen que sea necesario y a la vez impertinente. Por tanto, esta conjunción “o” debería ser sustituida por la conjunción “y”, pues los dictámenes que se acuerden deberían ser los pertinentes y a la vez necesarios para la finalidad perseguida con ellos. En todo caso, para decidir sobre las medidas a adoptar será imprescindible el dictamen pericial previo. Para ello se dispone que se contará con profesionales especializados en los ámbitos jurídico, social y sanitario, en una loable perspectiva multidisciplinar, que asegure el acierto en la elección de las medidas de apoyo idóneas. La preceptividad de las pruebas no rige solo para primera instancia, sino también para la segunda, si la sentencia sobre medidas de apoyo fuera apelada.

Para la determinación de las medidas se remite a la nueva regulación propuesta para los artículos 268 y ss. del Código Civil. Las contenidas en la sentencia deberán ser revisadas en el plazo en que disponga la propia sentencia o, en todo caso, en el plazo

45 Se prevé la excepción a las audiencias preceptivas cuando haya presentado la demanda la propia persona con discapacidad y se alegue conveniencia para la preservación de su intimidad (art. 759.2 LEC).

máximo de tres años, a través de los trámites de la legislación de la jurisdicción voluntaria, salvo que en el mismo se produjera oposición, en cuyo caso habrá que volver a la regulación de la LEC.

La adopción de eventuales medidas cautelares debe realizarse de oficio en cuanto el órgano jurisdiccional competente tenga conocimiento de la necesidad de una persona en situación de discapacidad. Tales medidas serán las necesarias para la adecuada protección de esa persona o de su patrimonio. El juez deberá, además, poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, si lo estima procedente, inicie el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. Las medidas cautelares también pueden ser solicitadas por el Ministerio Fiscal y podrán adoptarse, de oficio o instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento.

Por su parte, el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regula en los artículos 42.bis.a) al 42.bis.c), aplicable cuando sea pertinente el nombramiento de un curador. Destaca la exigencia de la presentación de los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo y, en particular, un dictamen pericial de los profesionales especializados en los ámbitos jurídico, social y sanitario. No se considerará oposición a efectos de poner fin al expediente, la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta⁴⁶.

46 BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, “La reforma de la legislación procesal...”, *op. cit.*, p. 115, muestra su razonable preocupación por la exigencia de “tener que pasar por un procedimiento de jurisdicción voluntaria incluso cuando exista contradicción desde el principio, a la espera de que algunos de los interesados formule la augurada oposición, para solo después poder acudir al proceso contencioso de la LEC”.

5 CONCLUSIÓN

El cambio de concepción acerca de la capacidad de la persona que pueda tener deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo tiene importantes consecuencias en la legislación material y procesal, como ya han demostrado otros ordenamientos jurídicos. España había regulado ya parcialmente alguna de tales consecuencias, pero se propone ahora el cambio más importante relativo a considerar que la capacidad no se pierde aunque haya problemas cognitivos y sensoriales, la plenitud del ejercicio de derechos civiles se mantiene y, como mucho será necesario la designación de apoyos para compensar las aludidas deficiencias.

Ello implica eliminar de nuestra legislación las referencias a la incapacitación y dar paso al nuevo paradigma social en la consideración de la discapacidad. Es muy oportuno que, por lo que se refiere a la perspectiva procesal, se reserve al órgano jurisdiccional la valoración de la necesidad de tales apoyos y la designación de la persona o personas que hayan de llevarlos a cabo. Se da prioridad al trámite de jurisdicción voluntaria, pero la previsión de posibles oposiciones hace que se tenga que prever un cauce contencioso a efectos de proceder a la determinación de las medidas aplicables y las personas que las deban llevar a cabo. Sin duda aparecen dudas acerca de la aplicación práctica de estos novedosos procedimientos, que deberían contar con suficientes medios para asegurar la eficacia de una normativa que es sin duda ambiciosa⁴⁷.

47 El CGPJ, en el ya aludido Informe, se refería a una serie de condicionamientos que abonan las dudas mencionadas en el texto: “cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia la Administración de Justicia para atender a los

requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva”.

PARTE I

MUDANÇAS INSTITUCIONAIS, CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E JUSTIÇA

OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIRETA: AS PAIXÕES DO POVO E O GOVERNO DA MAIORIA

Thaís Silva Alves¹

Deborah Dettmam Matos²

Resumo: Este trabalho consiste em um artigo na área do Direito Constitucional e tem como objetivo analisar os desafios da democracia direta a partir dos argumentos das paixões do povo e do governo da maioria. Justifica-se na necessidade de analisar se esses argumentos podem ser utilizados para restringir a utilização de mecanismos de consulta direta nas democracias modernas. São objetivos dessa pesquisa: sintetizar os pontos mais importantes sobre os argumentos selecionados; identificar as coincidências e discrepâncias entre as concepções apresentadas; analisar os desafios que a democracia direta enfrenta e descobrir se seu uso é viável nas democracias modernas. Para fins de alcançar os objetivos

1 Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI) e pesquisadora vinculada ao Núcleo de Pesquisa sobre Direito e Democracia (República); Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade do Internacional do Delta (INTA/FID) e em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Estácio; Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). E-mail: thais_alves@ufpi.edu.br

2 Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE, Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: deborahdettmam@ufpi.edu.br. Endereço postal: Universidade Federal do Piauí, Campus Universitário Ministro Petrônio Portella, Bairro Ininga, Teresina, PI, CEP 64049-550.

foram utilizados o método dogmático e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, através da consulta em livros e artigos publicados em meios eletrônicos. Os resultados encontrados apontam para uma generalidade nos argumentos e concluiu-se que os argumentos analisados não são suficientes para afastar o uso de instrumentos de democracia direta com a finalidade de aperfeiçoar o sistema representativo.

Palavras-chave: Democracia direta. Soberania popular. Tirania da maioria. Paixões do povo.

Abstract: This work is a Constitutional Law's article that aims to analyze the challenges of direct democracy based on the arguments of the people's passion and the government of the majority. It is justified by the need to analyze whether these arguments can be used to restrict the use of direct democracy mechanisms in modern democracies. The objectives of this research are: to synthesize the most important points about the selected arguments; identify the coincidences and discrepancies between the conceptions presented; analyze the challenges that direct democracy faces and find out if its use is viable in modern democracies. In order to achieve the objectives, the dogmatic method and bibliographic and documentary research techniques were used, through consultation in books and articles published in electronic media. The results found point to a generality in the arguments and it is conceived that the probable arguments are not sufficient to attend the use of instruments of direct democracy with a perfecting of the representative system.

Keywords: Direct democracy. Popular sovereignty. Tyranny of the majority. People's passions.

1 INTRODUÇÃO

Muito se discute, nas democracias representativas, a respeito da possibilidade de utilização de mecanismos de democracia direta como forma de ampliar a participação popular nas agendas governamentais. Sabe-se que a democracia puramente direta, tal como praticada em Atenas, não é compatível com as democracias modernas, seja pelo tamanho dos países, seja pela ampliação que ocorreu no sufrágio nos últimos anos. Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que o sistema representativo apresenta falhas que em muitos casos podem levar a crises de representatividade e eventualmente podem ameaçar até mesmo os regimes democráticos. Diante disso, muitos países ocidentais introduziram em suas constituições instrumentos diretos de soberania popular, contudo sua utilização ainda é muito tímida, pois encontra-se associada a governos autocráticos. Verifica-se que a efetiva utilização dos mecanismos de democracia direta ainda enfrenta desafios muito contemporâneos e esse trabalho pretende abordar dois deles: as paixões do povo e o governo da maioria, argumentos frequentemente usados para combater o uso de plebiscitos e referendos no processo democrático. Frisa-se que não se defende neste trabalho a implementação de uma democracia direta, motivo pelo qual se utiliza a nomenclatura “mecanismos de democracia direta”, pois apesar de não se acreditar que a soberania possa ser exercida completamente de forma direta, pretende-se investigar se alguns instrumentos diretos podem ser utilizados para complementar o sistema representativo, de forma a aperfeiçoá-lo, garantindo-se uma participação popular mais próxima e conseqüentemente engajando mais os cidadãos no processo político.

A justificativa desse trabalho consiste na necessidade de analisar se os argumentos das paixões do povo e da tirania da maioria realmente impedem a efetiva ampliação do uso dos mecanismos de democracia direta ou se esses instrumentos podem funcionar de forma complementar ao sistema representativo.

Os objetivos dessa pesquisa consistem em sintetizar os pontos mais importantes a respeito dos argumentos selecionados; identificar as coincidências e discrepâncias entre as concepções apresentadas; analisar os desafios que a democracia direta enfrenta e descobrir se seu uso é viável nas democracias modernas. Os resultados encontrados apontam para uma generalidade nos argumentos ora estudados, de modo que não foram formulados para atacar especificamente os instrumentos de democracia direta, mas a democracia como um todo. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, através da pesquisa em livros e artigos publicados em meios eletrônicos.

Na primeira seção analisa-se o argumento das paixões do povo formulado por James Madison; na segunda são apresentadas as críticas ao governo da maioria, especialmente na visão de Alexis de Tocqueville e Stuart Mill. Na terceira seção é feita uma análise dos desafios da democracia direta a partir dos argumentos anteriormente apresentados e à luz de Robert Dahl e também um paralelo entre as ideias dos autores acima mencionados, com a finalidade de demonstrar as perspectivas da democracia direta. Por fim, conclui-se que os argumentos das paixões do povo e da tirania da maioria não são suficientes para afastar o uso de mecanismos de democracia direta, em complementariedade ao sistema representativo. Não se pode afirmar neste trabalho que a utilização desses instrumentos são uma boa alternativa, contudo também não é aconselhável seu descarte com base unicamente nos argumentos ora analisados. Ressalta-se ainda que o tema tratado neste artigo é

parte de uma discussão muito mais complexa sobre a viabilidade de utilização de mecanismos democracia direta para tratamento de questões de grande relevância constitucional nas sociedades atuais, a qual carece de maiores reflexões, especialmente quanto à regulamentação eficaz dos procedimentos de consulta popular.

2 O RECURSO AO POVO NA VISÃO DE JAMES MADISON

Em resposta ao livro publicado por Thomas Jefferson, *Notes on the State of Virginia*, James Madison (1993, p. 342) analisa no Artigo nº 49 a proposta de Jefferson a respeito da convocação de uma convenção todas as vezes em que for preciso alterar a Constituição ou corrigir infrações dela. Partindo do pressuposto de que o povo é a única fonte de poder e dele deriva a Constituição, seria compatível com a teoria republicana recorrer a ele não apenas quando necessário aumentar, diminuir ou remodelar os poderes dos governos, mas também sempre que um deles possa usurpar as competências constitucionais dos outros (MADISON, 1993, p. 343). Nesse caso, questiona Madison (1993, p. 343), estando os poderes perfeitamente coordenados segundo os termos de seu mandato comum, poderiam pretender um direito exclusivo ou superior de fixar limites entre suas respectivas esferas, de modo a evitar os abusos dos mais fortes ou corrigir os erros dos mais fracos, sem recorrer ao próprio povo?

Madison (1993, p. 343) reconhece que há muita força nesse raciocínio e que se deve permitir a consulta ao povo em determinadas ocasiões importantes e extraordinárias, contudo elenca “objeções insuperáveis contra o proposto apelo ao povo como medida usual para manter os vários poderes dentro de seus limites

constitucionais”. Essas objeções refletem a preocupação de Madison face a uma possível posição de superioridade do Poder Legislativo, o que fazia sentido à época do autor, especialmente em razão do modelo parlamentarista inglês. Primeiramente, o dispositivo proposto por Jefferson não previa o caso de conluio entre dois poderes contra o terceiro e a autoridade legislativa poderia utilizar sua influência para conquistar para sua causa um segundo poder, ou mesmo um terço dos membros deste, de modo que o terceiro não teria como se valer de uma cláusula corretiva (MADISON, 1993, p. 343). Outra preocupação de Madison (1993, p. 343) era que todo apelo ao povo equivalesse à denúncia de alguma falha do governo, gerando desconfiança ou mesmo descrença. No entender de Madison (1993, p. 343): “(...) apelos frequentes privariam o governo, em grande medida, daquele respeito que o tempo confere a todas as coisas e sem o qual o mais sábio e o mais livre dos governos não possuiria a necessária estabilidade”. Madison (1993, p.344) chama atenção para a relevância de os governos possuírem a simpatia do povo:

Numa nação de filósofos, esta consideração poderia ser descartada. O respeito pelas leis seria suficientemente inculcado pela voz de uma razão esclarecida. Mas uma nação de filósofos é coisa tão pouco provável quanto a estirpe filosófica de reis desejada por Platão. E em qualquer outro tipo de nação, o mais racional dos governos não verá com vantagem supérflua ter a seu favor as simpatias da comunidade.

Outra questão levantada por Madison (1993, p. 344) é o perigo submeter tais assuntos às paixões públicas e afirma que essas experiências são arriscadas demais para serem desnecessariamente

multiplicadas. Além disso, em razão da tendência de um engrandecimento do legislativo à custa dos outros poderes, os apelos ao povo deveriam ser feitos em geral pelos poderes executivo e judiciário (MADISON, 1993, p. 344). Ainda assim, analisa Madison (1993, pp. 344-345) que os outros poderes teriam desvantagem, seja por serem menos numerosos, seja porque os membros do legislativo estão distribuídos entre o povo em geral, convivendo em seu meio. Por fim, ressalta Madison (1993, p. 345) que o Legislativo usaria sua influência para que seus membros fossem também juízes, ou seja, “a convenção seria composta sobretudo por homens que tivessem sido, fossem ou pretendessem ser membros do poder cuja conduta estaria sob suspeita” (1993, p. 345). Neste sentido, no entender de Madison, (1993, p. 346) apelos ocasionais ao povo não seriam uma medida correta para restringir os vários poderes a seus direitos legais.

No Artigo de nº 50, Madison (1993, p. 346) analisa a possibilidade de consultas periódicas ao povo serem realizadas com a finalidade de evitar e corrigir infrações à Constituição, limitando-se à sua capacidade para impor o cumprimento da Constituição, sem considerá-los como instrumentos para alterar a própria Constituição. No entanto, o recurso ao povo em intervalos fixos é tão inaceitável quanto o recurso em ocasiões especiais, sejam os intervalos curtos ou longos. Se curtos, teriam os mesmos problemas elencados quando da análise das revisões ocasionais e se longos teriam a desvantagem de favorecer um exame desapaixonado do assunto. Argumenta Madison (1993, p. 345-346) que uma perspectiva remota de censura pública não seria suficiente para coibir os excessos de poder e além disso os abusos já teriam promovido seus efeitos danosos ou já teriam perdurado por tanto tempo que não seriam facilmente extirpáveis.

Verifica-se, contudo, que ao se referir a consultas ao povo, Madison não está se referindo a consultas diretas ao povo,

mas a convenções compostas por representantes do povo, o que pode ser confirmado quando aponta que uma das fraquezas do recurso é justamente a possibilidade de o Poder Legislativo usar sua influência para ocupar cadeiras nas convenções. Seriam uma espécie de representantes extraordinários do povo designados para deliberar sobre assuntos decorrentes ao poder constituinte, nos moldes das ideias propostas por Emmanuel Joseph Sieyès (2001, p. 52-53). Ressalta-se mais uma vez que este recurso não era viável para Madison, que advogava em favor de um corpo de representantes com mandatos fixos e aptos a deliberar sobre os mais diversos assuntos, inclusive constitucionais (MADISON, 1993, p. 408).

No Artigo nº 63 Madison (1993, p. 408) defende o sistema representativo e ressalta que nem mesmo as democracias da Grécia eram puramente diretas e que muitas funções executivas eram desempenhadas não pelo povo, mas por funcionários eleitos pelo povo, representantes do poder executivo. No entender de Benevides (1996, p. 65), quando Madison fala em democracia, está se referindo explicitamente à democracia “pura” e por esse motivo suas críticas não podem ser aplicadas às propostas de democracia semidireta contemporânea:

É evidente, portanto, que a famosa crítica dos pais fundadores da nação americana à democracia “pura” – governo das turbulências, dos conflitos e das paixões, ou o governo da assembleia [*sic*] permanente – não pode ser aplicada às propostas da democracia semidireta contemporânea. Mas certamente contribui para que se entendam as origens da identificação entre governo representativo, ordem e estabilidade (BENEVIDES, 1996, p. 66).

O recurso ao povo, como árbitro do conflito constitucional entre os poderes, ainda carece de um suporte teórico adequado, pelo menos a partir do fundamento da teoria democrática (DETTMAM; MATOS, 2017, p.124). No Artigo nº 51, Madison (1993, p. 350) esclarece que a grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes sobre o mesmo braço baseia-se em dar aos que os administram meios constitucionais para resistir aos abusos dos outros, de forma proporcional ao perigo enfrentado. O autor reflete que talvez não seja lisonjeiro para a natureza humana criar mecanismos de controle contra abusos do governo, pois seria como reconhecer que o homem possa ser corrompido, contudo enfatiza: “Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos” (MADISON, 1993, p. 350).

Eis a questão para Madison: os homens não são anjos e constantemente são guiados por paixões, motivo pelo qual o poder deve ser dividido em vários cargos de forma que cada um possa exercer controle sobre o outro (MADISON, 1993, p. 350). Em que pese Madison não ter tratado diretamente sobre a implementação de mecanismos de democracia direta como forma de aperfeiçoar o sistema representativo, essa hipótese não parece ser compatível com as ideias do autor a respeito da consulta direta ao povo. Se Madison não confiava na tomada de decisões através de convenções convocadas eventualmente para tratar de assuntos constitucionais, tampouco parece coerente que sua obra possa ser utilizada para defender a utilização de plebiscitos e referendos para solucionar controvérsias entre os poderes, por exemplo. Entretanto, sua obra serve de referência ao debate sobre o assunto, certamente em razão da riqueza dos argumentos que o federalista elenca contra

a possibilidade de o povo participar diretamente, de forma mais ativa, das decisões tomadas pelo governo.

3 DEMOCRACIA: O GOVERNO DA MAIORIA (?)

Uma das críticas mais frequentes contra os mecanismos de democracia direta consiste na fragilidade desses instrumentos diante da vontade da maioria. No entanto, em uma análise detida dos críticos do governo da maioria, percebe-se que esse é um fator inerente à própria democracia. Não há dúvidas de que uma regra de decisão precisa ser escolhida e a da maioria pode não ser a mais próxima de um modelo ideal, contudo as alternativas a ela se mostram profundamente defeituosas (DAHL, 2012, p. 240). Nesta secção serão analisadas as principais críticas à regra majoritária, na visão de Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill.

3.1 A tirania da maioria em Alexis de Tocqueville

Alexis de Tocqueville (2005, p. 294), em análise sobre a democracia norte-americana, critica o fato de a maioria ter o direito de fazer tudo, mas também a considera a origem de todos os poderes. Trata-se de um paradoxo, pois Tocqueville prefere a decisão da maioria, mas teme a maioria (DETTMAM; MATOS, 2017, p.122).

Ao tempo em que vê a nação como um júri encarregado de representar toda a sociedade, Tocqueville (2005, p. 294) questiona: “O júri, que representa a sociedade, deve ter maior força que a própria sociedade, cujas leis aplica?”. Pode a maioria ter mais força que o próprio povo, cuja soberania representa? Ademais, uma vez

em poder dessa força, haveria alguma preocupação de proteger os direitos das minorias? Para Tocqueville a maioria, assim como o indivíduo considerado singularmente, tenderá a preferir seus interesses aos das minorias:

Afinal o que é uma maioria tonada coletivamente, senão um indivíduo que tem opiniões e, na maioria dos casos, interesses contrários a outro indivíduo, denominado minoria? Ora, se você admitir que um homem investido da onipotência pode abusar dela contra seus adversários, por que não admite a mesma coisa para uma minoria? Os homens, reunindo-se, mudaram de caráter? Tornaram-se mais pacientes diante dos obstáculos tornando-se mais fortes? Quanto a mim, não poderia acreditar em tal coisa e o poder de fazer tudo, que recuso a um só de meus semelhantes, nunca vou conceder a muitos (TOCQUEVILLE, 2005, p. 295).

Percebe-se a desconfiança de Tocqueville em relação às maiorias, contudo ele também não acreditava na possibilidade de existência de um governo misto, pois em seu entendimento em cada sociedade descobre-se sempre um princípio de ação que domina todos os demais e quando uma sociedade consegue superar esse impasse e de fato tem um governo misto, ela entra em revolução ou se dissolve (TOCQUEVILLE, 2005, p. 295). No entender de Tocqueville, é sempre necessário a existência de um poder social superior, entretanto mesmo esse poder precisa de algo que o limite, pois a onipotência é algo ruim e corresponde à tirania:

Portanto, quando vejo concederem o direito e a faculdade de fazer tudo a uma força democrática, seja ela chamada povo ou rei, democracia ou

aristocracia, seja ela exercida numa monarquia ou república, digo: aí está o germe da tirania; e procuro viver sob outras leis (TOCQUEVILLE, 2005, p. 296).

Se a maioria é absoluta e onipotente, se pode tudo fazer, configura-se a tirania da maioria. Situação inversa seria a existência de um corpo legislativo não dominado pelas paixões, um executivo com força própria e um judiciário independente dos outros dois poderes. Nessas condições, Tocqueville (2005, p. 296) esclarece que ainda haveria governo democrático, porém sem possibilidade de tirania. Para o autor, a existência de um governo da maioria não significa necessariamente tirania, mas é necessário buscar garantias contra ela (TOCQUEVILLE, 2005, p. 295). Ressalta ainda que o governo da maioria é ainda mais perigoso que as democracias, pois domina até mesmo o pensamento e se no governo absoluto de um só o despotismo precisava atingir o corpo, através de castigos físicos; nas repúblicas democráticas ele vai direto à alma, uma vez que o indivíduo é livre para pensar e agir como quiser, mas se for contrário à maioria, será tratado como estrangeiro e desprezado pelos seus semelhantes (TOCQUEVILLE, 2005, p. 299).

Verifica-se, deste modo, que a ideia de Tocqueville não é necessariamente um governo das minorias ou mesmo um governo misto, mas a necessidade de garantias efetivas contra possíveis abusos que possam ser cometidos pela maioria. Na concepção do autor, existe a possibilidade de um governo da maioria ser efetivamente uma democracia, mas isso depende da existência dessas garantias contra possíveis abusos, tendo em vista que, como ressaltou Madison (1993, p. 350), os homens não são anjos.

3.2 Representação da maioria: uma falsa democracia na visão de John Stuart Mill

John Stuart Mill, forte defensor do sistema representativo, entende que existem dois tipos de democracia representativa: a verdadeira democracia, que corresponde a um governo igualitário e a falsa democracia, a qual se baseia no governo da maioria:

A pura ideia de democracia, de acordo com sua definição, é o governo de todo o povo por todo o povo, igualmente representado. A democracia como é em geral concebida e praticada agora é o governo de todo o povo por uma maioria do povo, representada de maneira exclusiva. A primeira delas é sinônimo de igualdade entre todos os cidadãos; a segunda, estranhamente confundida com ela, é um governo de privilégios em favor da maioria numérica, que sozinha detém praticamente qualquer voz no Estado. Essa é a consequência inevitável do modo de votação adotado hoje, com a total privação de direitos das minorias (MILL, 2020, pp. 135-136).

Na concepção de Mill (2020, p. 137), num modelo democrático ideal as minorias não devem ser anuladas, mas deve ser garantido a elas o direito de participar proporcionalmente do governo, por meio de seus representantes e o contrário disso não seria democracia, mas um governo de desigualdades e privilégios. Para Mill (2020, p. 137), o desrespeito ao princípio ofende não apenas as minorias, mas a democracia como um todo, tendo em vista que esta não alcança sequer seu objetivo de dar poderes em todos os casos à maioria numérica. Pelo contrário: “Ela faz algo muito diferente: dá-os a uma maioria da maioria, que pode ser, e

muitas vezes é, apenas uma minoria do todo” (MILL, 2020, p. 137). Esclarece ainda que as decisões proferidas pelos representantes eleitos pela maioria muitas vezes agradam apenas uma minoria da nação (MILL, 2020, p. 138).

Mill (2020, pp. 138-139) defende que a possibilidade de anulação da minoria não guarda qualquer relação com a democracia e na verdade é oposta ao preceito democrático básico de representação proporcional: “Um elemento essencial da democracia é que as minorias sejam representadas de modo adequado. Nenhuma democracia real, nada a não ser uma falsa aparência de democracia, é possível sem isso”.

Uma democracia que garantisse a participação proporcional das minorias seria para Mill (2020, p. 163) a única igualitária, imparcial, a única que é o governo de todos por todos, livre dos maiores males das falsas democracias. Contudo, mesmo diante desse modelo ideal, Mill reconhece que a maioria ainda assim prevaleceria e demonstra sua preocupação em relação a isso. Verifica-se Mill, assim como Tocqueville, defende a necessidade de garantias que possam prevenir o abuso das maiorias:

A democracia não é a melhor forma ideal de governo a menos que esse seu lado fraco possa ser fortalecido; a menos que possa ser organizada de modo que nenhuma classe, nem mesmo a mais numerosa, seja capaz de reduzir todos, exceto a si mesma, à insignificância política e conduzir o curso da legislação e da administração de acordo com seu exclusivo interesse de classe. O problema é encontrar meios para prevenir tal abuso sem sacrificar as vantagens características do governo popular (2020, pp. 163-164).

A solução apresentada por Mill (2020, p. 164) foi a expansão do sufrágio. Na visão do autor, se as massas de trabalhadores pudessem votar, certamente a nação se desenvolveria politicamente e as minorias poderiam ter mais espaço. Na visão de Mill (2020, p. 166-167), aquele que não tem direito a voto não tem motivos para se interessar por questões políticas, pois não seriam consultados a respeito de suas opiniões. Esclarece ainda que se o cidadão tem o dever de pagar, de lutar e de obedecer, deve também poder dar consentimento e emitir suas razões, ao passo que nenhum sistema de sufrágio será duravelmente satisfatório se excluir peremptoriamente qualquer pessoa ou classe. Percebe-se que a concepção de democracia ideal para Mill está intrinsecamente ligada à ideia de igualdade de oportunidade de participação nas decisões políticas, a qual estava relacionada à ideia de governo representativo:

Não há nenhuma dificuldade em mostrar que a melhor forma ideal de governo é aquela em que a soberania, ou poder controlador supremo, em última instância, pertence ao conjunto inteiro da comunidade, em que todo cidadão não só tem voz no exercício dessa soberania última como também é chamado, pelo menos de vez em quando, a participar efetivamente do governo com o desempenho pessoal de alguma função pública, local ou geral (MILL, 2020, p. 66).

\No entanto, Mill (2020, p.66-67) esclarece que o que chama de melhor forma ideal de governo não é uma forma viável e desejável em todos os estágios da civilização, mas aquela que nas condições em que é viável e desejável, traz mais benefícios, imediatos e futuros e ressalta ainda que um governo totalmente popular é o único ordenamento político capaz de reivindicar essa característica.

Inferese dessa passagem que o governo representativo, sugerido por Mill (2002, p.65), não deve ser considerado o modelo ideal em todos os tipos de situações, mas que as condições peculiares de cada democracia devem ser levadas em consideração para que seja definido o melhor tipo de governo, até mesmo ditaduras temporárias. Desse modo, desde que estejam presentes as condições que a tornem viável e desejável, a democracia direta também pode ser o modelo ideal, se trazer mais benefícios para o povo.

4 OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA DIRETA

Uma vez apresentadas as principais críticas à implementação de mecanismos de democracia direta, faz-se necessário enfrentar os desafios propostos a fim de demonstrar que, longe de ser o modelo ideal de democracia, a ponto de ser implementada de forma pura, a democracia direta pode servir como instrumento corretivo à representação política tradicional (BENEVIDES, 1996, p. 15), de forma a aperfeiçoá-lo. As mesmas críticas que são apontadas à democracia direta poderiam, eventualmente, ser feitas também ao sistema representativo (BENEVIDES, 1996, p. 09), entretanto é sempre mais fácil defender aquilo que já está em vigor, o *status quo* sempre tem vantagens embutidas que certamente não precisa de vantagens adicionais (DAHL, 2012, p. 219). Um dos desafios é o argumento da tirania da maioria, que continua sendo fortemente levantado pelos críticos à democracia direta e nesta seção será melhor trabalhado a partir das ideias de Robert A. Dahl.

4.1 O governo das minorias: uma alternativa à regra majoritária

Muitos dos argumentos contra a democracia direta são na verdade contrários a características gerais dos regimes democráticos, a exemplo do argumento da tirania das maiorias. Benevides (1996, p. 108) ressalta que essa crítica não se refere às formas de democracia direta, mas ao regime democrático em si. De fato, toda a conjuntura democrática é regida pelo princípio majoritário e, conseqüentemente, pelo temor da “tirania da maioria”, seja nas eleições dos representantes, nas coalizões parlamentares ou nas intervenções diretas do povo. Desse modo, como afirma Benevides (1996, p. 109), a “ditadura da maioria” é um risco permanente também nos sistemas representativos e por esse motivo ela defende que as formas de democracia semidireta devem ser acompanhadas do aperfeiçoamento dos institutos de representação política e dos sistemas eleitorais. Nesse sentido foram as críticas de Tocqueville e Mill, e não precisamente em relação aos instrumentos de democracia direta.

Robert A. Dahl (2012) faz uma análise do argumento majoritário, com a finalidade de analisar se o governo da maioria realmente equivale ao modelo ideal de democracia. Em um diálogo fictício entre um majoritário e um crítico, Dahl (2012, p. 215) analisa inicialmente um modelo básico de democracia direta em que os cidadãos decidem entre duas alternativas, semelhante ao que acontece na consulta direta feita mediante plebiscitos e referendos. O majoritário apresenta seus argumentos a favor da regra e o crítico reflete sobre os desafios do governo das maiorias. Uma das críticas é justamente a dificuldade de implementação do governo das maiorias no mundo real, ou seja, no modelo

representativo no qual o cidadão deve escolher entre três ou mais alternativas, ao invés de duas (DAHL, 2012, p. 234). Na visão de Dahl (2012, p. 235), os plebiscitos são instrumentos notórios das minorias. Anthony Arblaster (1988, p. 109) esclarece que o “povo” não pode ser equacionado apenas como a minoria de si próprio, nem o “governo do povo” pode ser equacionado como o governo da maioria, pois as minorias também fazem parte do povo e seus interesses devem ser levados em consideração.

A partir disso, seria então preferível um governo das minorias? Para Robert Dahl (2012, p. 420) a dominação da maioria significa o fracasso da democracia. O autor faz uma análise do argumento de que todas as sociedades sempre serão governadas por uma minoria dominante e afirma que nem mesmo Karl Marx conseguiu manter esse raciocínio por muito tempo: “Embora os capitalistas fossem a classe dominante, eles não necessariamente estavam, eles próprios, no governo” (DAHL, 2012, pág. 427). Dahl (2012, pág. 428) acha necessário entender a composição da minoria antes de verificar a teoria da dominação da minoria e esclarece que se esta for heterogênea, com interesses conflitantes, seus líderes irão buscar apoio na maioria. Os defensores da teoria da dominação da minoria apontam como instrumentos diretos de dominação a coerção, a persuasão e até mesmo a hegemonia da cultura e das crenças, sustentando que através da doutrinação os líderes impõem sua fórmula política e conseguem o “consentimento” e apoio voluntários das massas (DAHL, 2012, pág. 435). Essa fórmula política, apesar da finalidade de conquistar a aquiescência das massas, na verdade reflete uma resposta às necessidades das massas que os líderes acreditam ser justificável em bases morais (2012, pág. 435). Em que pese a complexidade da teoria da dominação das minorias, Dahl enfatiza que suas premissas são difíceis de serem testadas empiricamente, os dados são amplos e vagos e não são suficientes

para comprová-la (DAHL, 2012, pág. 442). Na visão de Dahl (2012, pág. 430), essas teorias na verdade dão testemunho da extensão e difusão das desigualdades existente nas poliarquias e destaca que: “Na medida em que os cidadãos numa poliarquia participam de assuntos políticos em termos claramente desiguais – se é que de fato participam deles -, a poliarquia fica aquém dos critérios do processo democrático”.

Para Dahl (2015, p. 25), a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, é uma característica-chave da democracia e para que isso ocorra continuamente é necessário que todos os cidadãos plenos tenham oportunidades plenas de: formular suas preferências; expressar suas preferências a outros cidadãos e ao governo de forma individual ou coletiva e ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, sem discriminação (DAHL, 2015, p. 26). No entender do autor, para o pleno desenvolvimento da democracia é necessário que haja simultaneamente sufrágio universal e direitos de contestação pública (DAHL, 2015, p. 52). Em que pese as inúmeras críticas que tornam claras as imperfeições do sistema majoritário, Dahl acredita que as alternativas a ele são ainda piores:

As falhas do domínio da maioria apontadas pelo Crítico causam grande estrago no argumento dos majoritários segundo o qual o processo democrático necessariamente exige o domínio da maioria em todas as decisões coletivas. Porém, da proposição inatacável de que o domínio da maioria é imperfeito – talvez, com efeito, altamente imperfeito, não podemos passar diretamente à conclusão de que ele deve ser substituído por uma regra alternativa para a tomada

de decisões coletivas. Antes de chegar a essa conclusão, precisaríamos saber se uma alternativa globalmente superior pode ser encontrada. Como veremos, as alternativas ao domínio da maioria também são profundamente defeituosas (DAHL, 2012, p. 240).

A adoção de supermaiorias ou da unanimidade, por exemplo, poderia ensejar em uma dominação das minorias, uma vez que quanto maior o percentual majoritário, menor é o minoritário capaz de vetá-la e maior a probabilidade de que essa minoria esteja errada (DAHL, 2012, p. 223). Uma solução possível para Dahl (2012, p. 242) seria combinar as vantagens do domínio da maioria com as possibilidades das supermaiorias em questões especiais de grande importância e volatilidade. Nem a tirania da maioria nem a das minorias é preferível ou inevitável, assim como nem os arranjos majoritários nem os minoritários conseguem, por si só, garantir a justiça nas decisões coletivas (DAHL, 2012, p. 246). Contudo, nas democracias majoritárias a proteção dos direitos das minorias depende totalmente do compromisso da maioria dos cidadãos com a preservação dos direitos democráticos de todos, enquanto que nos países não majoritários a proteção das maiorias contra as minorias abusivas depende do compromisso das minorias protegidas com o não abuso das oportunidades de vetar as decisões majoritárias (DAHL, 2012, P. 246).

4.2 Perspectivas da democracia direta

Madison preocupou-se com o perigo que as paixões do povo podem influenciar nas decisões políticas caso sejam realizadas consultas diretas. Benevides argumenta que as paixões são “inevitáveis” na natureza humana e que estão presentes também

nas eleições em geral e que a grande vantagem de se ampliarem os processos democráticos consiste justamente na exposição pública dos conflitos e suas motivações. Afirma ainda que as paixões públicas são preferíveis às secretas, escondidas nos gabinetes, nos *lobbies*, nas “negociações”. Indaga ainda Benevides (1996, p. 107):

Convém lembrar que os críticos que exageram a inconveniência das “paixões” também apontam aquela apatia do povo para participar. Então, não há saída: ou o povo erra porque participa com ardor demais, ou erra porque se retrai, com vontade de menos.

Nesse mesmo sentido, Bobbio (1986, p. 29) defende que uma das razões da superioridade da democracia diante de estados absolutos funda-se na ideia de um governo transparente e que uma ação que o sujeito é forçado a manter secreta certamente é uma ação injusta. A democracia nasceu com a perspectiva de eliminar o poder invisível e dar vida a um governo que possa ser exercido publicamente.

Conforme analisado nos tópicos anteriores, Tocqueville e Mill teceram severas críticas à tirania das maiorias, enquanto o primeiro não acredita em um governo misto, Mill reconhece a possibilidade de coexistência da maioria e das minorias e defende que somente dessa forma é possível haver uma verdadeira democracia.

Mill e Dahl reconhecem que a tirania das minorias também é possível a depender da conjuntura política e defendem a ampliação do sufrágio. Apesar das críticas, os autores reconhecem que a regra da maioria ainda é aquela que melhor se adequa aos objetivos das democracias modernas. Na visão de Dahl, a regra majoritária é enfraquecida diante da representatividade e quando o cidadão tem

que escolher entre mais de duas alternativas. Sabe-se que o sufrágio universal é uma conquista de quase todas as democracias modernas, diante disso Bobbio esclarece que se ainda é possível falar em processo de democratização, que este deveria estar relacionado não tanto com a passagem da democracia representativa para a direta, mas na passagem da democracia política para a social, substituindo-se a questão “quem vota?” por “onde se vota?” e enfatiza que:

Até que os dois grandes blocos de poder situados nas instâncias superiores das sociedades avançadas não sejam dissolvidos pelo processo de democratização - deixando-se de lado a questão de saber se isto não é só possível mas sobretudo desejável -, o processo de democratização não pode ser dado por concluído (BOBBIO, 1986, p. 28).

Diante disso, infere-se que o impasse está na própria democracia, tendo em vista que o processo democrático se encontra ainda em andamento, as poliarquias ainda estão se desenvolvendo em busca de um modelo ideal. Sabe-se que a democracia pura e direta tal como praticada em Atenas não é mais viável. Apesar disso, Bobbio acredita que podemos constatar, nos últimos anos, a exigência cada vez maior de que a democracia representativa seja ladeada ou mesmo substituída pela democracia direta. Ressalta, contudo, que nem mesmo Jean-Jaques Rousseau acreditava na existência de uma verdadeira democracia: “Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá” (BOBBIO, 1986, p. 41). Rousseau (1978, Livro II, Capítulo I) entende que é impossível admitir que o povo seja incessantemente reunido para cuidar dos negócios públicos e do mesmo modo não se poderia estabelecer comissões, sem mudar a forma de administração. Para Bobbio (1986, p. 42):

É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível.

Bobbio (1986, p. 53) reconhece a insuficiência da democracia direta especialmente quando se consideram os institutos disponíveis: a assembleia dos cidadãos deliberantes sem intermediários e o referendun. Para o autor, o referendun é o único instituto de democracia direta que possui completa aplicabilidade e efetiva aplicação na maior parte dos estados de democracia avançada. Bobbio (1986, p. 19) enfatiza ainda que a onicracia, como governo de todos, é um ideal-limite. O autor faz uma análise dos tipos de democracia (representativa e direta) e defende que não são dois sistemas alternativos, mas complementares, que se podem integrar reciprocamente: “Como uma fórmula sintética, pode-se dizer que num sistema de democracia integral as duas formas de democracia são ambas necessárias mas não são, consideradas em si mesmas, suficientes” (BOBBIO, 1986, p. 52). Nesse mesmo sentido, Benevides (1996, p. 15) defende que os mecanismos de democracia direta atuam como corretivos necessários à representação política tradicional. Interessante o fato de que a democracia surgiu com viés popular e por esse mesmo motivo sua implementação foi rejeitada por muito tempo, tendo sido de fato difundida com a Revolução Francesa e implementada na maioria dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial (ARBLASTER, 1988, p. 63). Se antes se falava em representatividade como corretivo à democracia direta pura, agora defende-se a democracia direta como instrumento de correção ao sistema representativo (BENEVIDES, 1996, p. 64).

Os plebiscitos e os referendos são uma alternativa que serve ao propósito de correção, apesar das inúmeras críticas e esses mecanismos, dentre elas aquelas aqui debatidas. Conforme demonstrado, os problemas frequentemente apontados são na verdade falhas inerentes à própria democracia, que devem ser analisadas dentro desse contexto. Arblaster (1988, p. 132) enfatiza que haverá sempre razões que indicarão a violação do princípio democrático, contudo isso não é razão para afirmar que a democracia direta é inteiramente impraticável. Destaca ainda que plebiscitos e referendos são encarados com desconfiança em razão de, em grande parte, serem utilizados para ratificar ou aprovar decisões já tomadas sobre políticas já adotadas, mas isso não quer dizer que são intrinsecamente reprováveis ou impraticáveis. “Pelo contrário: mais uma vez é difícil ver que a objeção *democrática* pode haver ao princípio de se permitir ao próprio povo que decida sobre os assuntos ou princípios de maior importância” (ARBLASTER, 1988, p. 131).

Em que pesem as críticas ao regime democrático, a verdade é que nenhum regime democrático nascido na Europa após a Segunda Guerra Mundial foi abatido por uma ditadura e enquanto o mundo soviético é sacudido por frêmitos democráticos, o mundo das democracias ocidentais não está seriamente ameaçado por movimentos fascistas (BOBBIO, 1986, p. 09). Contudo, “A democracia ainda é assunto inacabado na agenda dos políticos modernos” (ARBLASTER, 1988, p. 147) e não se resume dando simplesmente a cada adulto um voto em eleições gerais e autárquicas (ARBLASTER, 1988, p. 149). David Altman (2013) defende que o exercício democrático não se reduz à participação no processo eleitoral para a eleição de autoridades, a democracia é um processo contínuo que transborda as dezenas de vezes em que se exercem os direitos durante a vida e as democracias contemporâneas devem ser capazes de fornecer ferramentas para controlar os comportamentos

dos representantes tanto horizontalmente (por outras instituições) quanto verticalmente (por cidadãos). Uma adequada concepção de democracia deveria incluir, como terceira dimensão, a tomada de decisão direta pelo povo (ALTMAN, 2013). De acordo com o princípio democrático, o povo deve, na medida do possível, tomar ou participar na tomada de decisões que o afetam mais de perto e com gravidade (ARBLASTER, 1988, p. 156).

5 CONCLUSÃO

No âmbito dos governos democráticos contemporâneos, os mecanismos de democracia direta enfrentam desafios para serem de fato implementados, dentre eles estão os argumentos de que o povo é regido por suas paixões e do governo da maioria. O primeiro foi defendido de forma enfática por Madison e essa desconfiança em relação às decisões populares combinada com a ideia de um Poder Legislativo forte, fizeram com que o federalista considerasse a consulta ao povo meio ineficaz para resolver conflitos entre os poderes ou combater infrações à Constituição. Contudo, conforme exposto nesse trabalho, as pessoas são movidas por suas paixões, especialmente no âmbito político, de modo que quando o poder invisível é eliminado e os representantes agem de maneira pública, não há ofensa ao princípio democrático. Não faz sentido limitar as paixões do povo e não fazer o mesmo em relação aos representantes, que por vezes extrapolam esses limites. Do mesmo modo, os eleitores devem ter o direito de expressar publicamente suas preferências de modo igualitário, bem como de ter suas demandas incluídas nas agendas governamentais. Diante da crise de representatividade pela qual diversas democracias modernas vêm enfrentado, a utilização de consultas diretas pode ser uma

alternativa capaz de envolver mais o cidadão na vida pública e conseqüentemente torná-lo mais ativo no processo democrático. A democracia não se resume ao comparecimento às urnas durante o período eleitoral, mas deve ser exercida diariamente através da possibilidade de influenciar nas agendas dos representantes, bem como na fiscalização destes.

Os plebiscitos e referendos são meios aptos a esse fim, contudo frequentemente são criticados sob o argumento de que favorecem o governo da maioria. Essa crítica, contudo, refere-se à democracia de forma geral, não apenas à direta. O sistema representativo também é marcado pela dominação da maioria, inclusive com a implementação de regras de supermaioria em determinados assuntos de natureza especial. Verifica-se inclusive que os instrumentos de democracia direta, por se tratarem de métodos dualísticos de decisão, tornam mais difícil a necessidade de se estabelecer regras de supermaioria ou até mesmo unanimidade, bastando a maioria simples para escolha da decisão. Ademais, nem sempre as minorias conseguem ter representação suficiente para ter suas demandas atendidas, mas isso é um problema que precisa ser discutido e trabalhado dentro do processo de desenvolvimento democrático como um todo. A regra da maioria não é perfeita, contudo as alternativas a ela são ainda piores e o domínio da minoria é constantemente associado a governos autocráticos, os quais consistem quase sempre na dominação do poder por pequenos grupos políticos que pretendem impor suas ideologias.

Não restam dúvidas de que é necessário apontar as falhas de um sistema para que ele seja de fato desenvolvido, entretanto não é possível sua substituição enquanto não houver uma alternativa menos onerosa. O governo da maioria parece ser o mais adequado diante das alternativas que se encontram à disposição das democracias modernas. Do mesmo modo, sabe-se que, apesar dos

seus defeitos, o sistema representativo é o mais apto a atender as demandas democráticas atuais, mas isso não significa que não possa ser aperfeiçoado. Se a inclusão dos mecanismos de democracia direta são o corretivo necessário não se sabe, mas não restam dúvidas de que algo precisa ser feito sob pena de o processo democrático estagnar diante dos desafios enfrentados na atualidade.

O objetivo desse trabalho não é esgotar o tema, mas apenas fomentar o início de uma discussão, qual seja: é possível lançar mão aos mecanismos de democracia direta como forma complementar ao sistema representativo? Analisando duas das principais críticas à democracia direta, verifica-se que não há maiores prejuízos que já não sejam decorrentes também da representatividade. A soberania popular é o cerne da democracia e pode ser melhor explorada com a finalidade de atingir seu pleno desenvolvimento. Não se pretende que o processo retorne ao início, com a democracia direta pura sendo discutida em praças públicas, mas que seja encontrado o melhor modelo ideal diante das circunstâncias que se apresentam, independente de que modelo venha a ser. Os instrumentos de democracia direta se mostram cada vez mais uma alternativa promissora, especialmente as consultas realizadas através de plebiscitos e referendos e os argumentos das paixões do povo e da tirania da maioria não são suficientes para que se rejeite sumariamente sua utilização em assuntos constitucionais de grande relevância.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, David. **Bringing direct democracy back in: Toward a three-dimensional measure of democracy.** Rev. Democratization . v. 20, n. 4, p. 615–641, 2013 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13510347.2012.659020>. Acesso em: 05 Set. 2020.

ARBLASTER, Anthony. **A democracia.** Lisboa: Editora Estampa, 1988.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa:** referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Editora Ática S.A., 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert A. **Poliarquia:** Participação e Oposição. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DETTMAM, Deborah; MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Recurso ao legislador:** considerações em torno do controle legislativo ao poder judiciário (um epitáfio à pec nº33). Revista Brasileira de Filosofia do Direito, v. 3, p. 110-128, 2017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788:** edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo.** Porto Alegre: L&PM Pocket, 2020.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social.** São Paulo: Abril

Cultural, 1978.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América:** leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS NO BRASIL NA PERSPECTIVA COMPARADA DO CONSTITUCIONALISMO PROGRESSISTA

Gustavo Nascimento Torres¹

Deborah Dettmam Matos²

Resumo: O estudo tem por objeto analisar o controle de constitucionalidade de emendas a partir da perspectiva do constitucionalismo progressista. A questão é tormentosa, pois se evidencia de um lado o crescimento exponencial de emendas constitucionais ao redor do mundo; de outro lado o avanço da

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina, Teresina, PI, Brasil. Bacharel em Direito pelo Instituto Camillo Filho, Teresina, PI, Brasil. Professor horista do curso de Direito em nível de pós-graduação na faculdade UniFacid Wyden, Teresina, PI, Brasil. Professora horista do curso de Direito em nível de pós-graduação na faculdade UniNassau, Parnaíba, PI, Brasil. Professor contratado do curso de Direito em nível de graduação da Faculdade FATEPI/FAESPI, Teresina, PI, Brasil. Assessor jurídico do Tribunal de Contas do Piauí – TCE/PI, Teresina, PI, Brasil. E-mail: gustavontorres@ufpi.edu.br.

2 Deborah Dettmam Matos é doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. Visiting Scholar na Universidade de Utah, Salt Lake City, UT, EUA (2016). Mestra em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE, Recife, PE, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. Professora e Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil. E-mail: deborahdettmam@ufpi.edu.br.

jurisdição constitucional na realização do controle desse poder. Assim questiona-se a quem cabe a tarefa de controlar o limite do poder constituinte reformador? Realizar-se-á pesquisa qualitativa, a partir do uso do método de abordagem hipotético- dedutivo, em razão da natureza exploratória comparada. A técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica na qual se pretende examinar o problema do *judicial review* de emendas constitucionais em razão da sua natureza híbrida e se as principais teorias do constitucionalismo progressista oferecem respostas satisfatórias à questão suscitada no caso brasileiro. Nesse sentido foi possível concluir que se as teorias do constitucionalismo progressista não dão uma resposta plena ao problema do controle de constitucionalidade de emendas no caso brasileiro, no mínimo, oferecem um aporte teórico robusto para questionar a posição de supremacia judicial adotada pelo STF em relação à soberania popular e, conseqüentemente, a democracia como promessa de autogoverno.

Palavras-chave: Emenda constitucional. Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo progressista

Abstract: The study aims to analyze the constitutionality control of amendments from the perspective of progressive constitutionalism. The question is a tormenting one, since on the one hand the exponential growth of amendments around the world is evident; on the other hand the advance of constitutional jurisdiction in the realization of control of this power. Thus one wonders who is in charge of controlling the limit of the reforming constituent power? The research will be qualitative, using the hypothetical-deductive approach, due to its comparative exploratory nature. The research technique is a literature review in which we intend to examine the problem of judicial review of constitutional amendments due to

its hybrid nature and whether the main theories of progressive constitutionalism offer satisfactory answers to the question raised in the Brazilian case. In this sense it was possible to conclude that if the theories of progressive constitutionalism do not provide a full answer to the problem of constitutionality control of amendments in the Brazilian case, at the very least they offer a robust theoretical input to question the position of judicial supremacy adopted by the STF in relation to popular sovereignty and, consequently, democracy as a promise of self-government.

Keywords: Amendment constitutional. Judicial review. Progressive constitutionalism

1 INTRODUÇÃO

O estudo do controle de constitucionalidade de emendas poder judiciário tem se mostrado cada vez mais relevante diante da velocidade com que as sociedades modernas têm se desenvolvido. Revisões e emendas constitucionais são os meios institucionais mais comuns utilizados nas democracias liberais para atualização do documento. Nesse contexto, a jurisdição constitucional tem avançado sobre pautas políticas atuando como verdadeiro artífice da modernização constitucional.

Tal fato produz intenso debate na doutrina e na jurisprudência, pois se questiona a legitimidade democrática do poder judiciário no exercício do *judicial review* sob o argumento de que um poder constituído não poderia obstar a vontade do poder constituinte, ainda que limitado, como é o caso brasileiro. A celeuma ganha contornos ainda mais delicados quando o poder judiciário realiza o controle de constitucionalidade de emendas, em tese, mecanismo próprio conferido as gerações futuras para atualização do sentido constitucional.

No Brasil, o *design* constitucional limitou o poder constituinte reformador pela adoção de cláusulas pétreas. Porém, não há disposição constitucional acerca de quem deva realizar esse controle. A partir desse *design* descrito, o Supremo Tribunal Federal construiu jurisprudência em que se autoproclamou o guardião das cláusulas pétreas. Contudo, o procedimento de emendas à constituição tem natureza jurídica especial na medida em que pode constituir algo novo no arranjo político-institucional, portanto, configurando-se como autêntico o poder constituinte, ao mesmo tempo, é limitado pelas próprias regras procedimentais e materiais da Constituição, o que o caracteriza como poder constituído. Então, surge o dilema: a quem cabe o controle do exercício do poder constituinte reformador dado sua natureza jurídica especial?

O problema é bastante espinhoso, haja vista que poder de emendar a constituição reflete a expressão mais palpável da soberania popular, na medida em que é o mecanismo institucional posto à disposição das futuras gerações para atualizar a constituição. Desse modo, como sustentar a supremacia judicial no controle de emendas constitucionais se o Poder judiciário sequer presta contas de sua atuação perante o povo diretamente? E, mais, ainda que o poder reformador seja limitado pelas cláusulas pétreas por que considerar o Poder judiciário como guardião e detentor da decisão final sobre a interpretação constitucional neste âmbito?

Para responder essas perguntas, o presente trabalho busca investigar as bases doutrinárias da teoria das emendas constitucionais inconstitucionais de modo a lançar luzes e aprofundamentos teóricos sobre o tema, sobretudo, acerca da natureza jurídica do poder constituinte reformador e como ele expressa a soberania popular das gerações futuras acerca da interpretação atualizada da constituição.

Na sequência, far-se-á a imersão nos postulados teóricos das principais correntes do constitucionalismo progressista para se buscar compreender o arranjo institucional proposto por seus adeptos no sentido de tentar superar a tensão entre controle de constitucionalidade de emendas e democracia.

As teorias progressistas do constitucionalismo adotam a perspectiva evolutiva do direito e sustentam que o sistema jurídico está em constante construção e evolução. O paradoxo é que o constitucionalismo progressista também serviu de base para a supremacia judicial na interpretação constitucional. Todavia, teóricos mais recentes afirmam que a supremacia judicial colocou o poder judiciário em posição proeminente na interpretação judicial, situação que, em tese, limitou o debate público. Por essa razão, essas novas teorias se propõem a resgatar o povo para o centro do debate público na construção do sentido constitucional.

Primeiro, será analisado o constitucionalismo popular histórico proposto por Larry Kramer, que tem base na experiência constitucional norte-americana. Na sequência, será estudado o constitucionalismo popular político de Mark Tushnet que propõe a reabilitação do povo no debate constitucional por intermédio do parlamento, afastando a ideia de supremacia judicial. Em seguida será examinado o constitucionalismo popular mediado de Barry Friedman, segundo o qual as cortes constitucionais devem mediar o debate público de modo a aglutinar as teses da opinião pública em cotejo com os valores sociais arraigados na sociedade para se chegar a melhor decisão sobre os desacordos constitucionais. Por fim, explorar-se-á o constitucionalismo democrático de Robert Post e Reva Siegel, segundo o qual a constante disputa pela interpretação constitucional entre os vários ramos do poder é salutar a democracia.

Trata-se de pesquisa qualitativa, cuja metodologia empregada no trabalho consiste no uso do método de abordagem hipotético-dedutivo, no qual investigar-se-á as correntes progressistas do constitucionalismo popular e do constitucionalismo democrático para se verificar se suas propostas podem responder as questões norteadoras acerca da realidade controle de constitucionalidade de emendas constitucionais no Brasil. Adota-se a pesquisa comparada a partir do uso da literatura estrangeira, sobretudo, norte-americana, em razão da experiência teórica e prática do constitucionalismo daquele país que tem na sua Suprema Corte expoente de atuação judicial no âmbito da política há mais de duzentos anos.

Entende-se que apresentar a discussão teórica no direito comparado é um caminho necessário para se conseguir enfrentar as questões levantadas, mas não se trata de simplesmente importar teorias, ao contrário, o trabalho pretende analisar as bases teóricas e verificar se são compatíveis com a realidade constitucional brasileira, para, ao final, apresentar alguma proposta compatível com nosso sistema jurídico que possa equalizar a tensão entre jurisdição constitucional e democracia no âmbito do controle de constitucionalidade de emendas.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS

A maioria das constituições nas democracias constitucionais contém mecanismos formais de alterabilidade. O poder de reforma é o gênero que abarca diferentes meios de alteração, a saber, os processos de emenda e de revisão constitucional, inclusive, a constituição brasileira de 1988 adotou os dois modelos ao prevê-los em seu artigo

60 e art. 3º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como explica Richard Albert (2019), as regras de alteração da constituição gozam de especial importância dentro da arquitetura constitucional de um Estado, uma vez que ao mesmo tempo garantem a estabilidade da estrutura do projeto político da sociedade e o meio adequado para promover alterações quando necessário. Albert (2019) chega a afirmar que as regras de alteração da constituição são as verdadeiras guardiãs do pacto político.

Yaniv Roznai, ao buscar estabelecer a natureza do poder de reforma constitucional, afirma que se trata de uma posição *sui generis* na escala de hierarquia normativa, pois “é simultaneamente enquadrador e enquadrado, licenciador e licenciado, original e derivado, superior e inferior à constituição.” (ROZNAI, 2014, p.110). Explica-se que o poder de emendar a constituição tem duplo objetivo, a saber, garantir a estabilidade do acordo político fundamental da sociedade por meio de um procedimento rígido de alteração e permitir a atualização desse pacto ao longo do tempo. Ao estabelecer um procedimento diferenciado para reforma da constituição, o constituinte deixa claro que não se trata do mesmo poder para criação da legislação ordinária e que a mudança constitucional exige maior capital político. No caso brasileiro esse procedimento especial determina um quórum qualificado de três quintos das duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Mas, o poder de emendar a constituição também é colocado à disposição do legislador para permitir a modernização do documento. Hamilton (1982) disse que a habilidade de capacidade de corrigir possíveis defeitos e consequências não intencionais de um texto constitucional pode torná-lo mais contínuo, uma vez que as práticas políticas mudam com o tempo de modo que a procedimento de emenda ajuda a garantir a aceitação e a relevância do documento perante as gerações futuras.

Todavia, esse poder encontra limitações. No caso brasileiro, os limites materiais ao poder de emenda estão previstos no art. 60, §4º e incisos da constituição, ao estabelecer que seja imune ao poder de reforma a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Porém, a constituição não delegou ao Judiciário o controle das cláusulas pétreas.

O controle de constitucionalidade de emendas brasileiro nasceu do vácuo normativo acerca de como os limites impostos ao poder constituinte reformador devem ser observados. Em outras palavras, a constituição trouxe um rol explícito de limites materiais ao exercício do poder de reforma (cláusulas pétreas), mas não disse como e muito menos quem é legitimado a protegê-los no caso de violação, como explica Scotti (2018, p.68, tradução nossa):

Finalmente, deve ser lembrado que, ao elaborar uma disciplina tão complexa do poder da fiscalização judicial da legislação – que capacita o STF através de inúmeras ferramentas para julgar a atividade (e sobre as omissões) do Parlamento e do governo e, ao mesmo tempo, prejudica a sua autoridade subjugando o efeito *erga omnes* de alguma decisão ao vontade do Senado - os autores também “esqueceram” de individualizar regras próprias para impor a proteção das cláusulas pétreas³.

3 “Finally, it should be reminded that, while drafting a so complex discipline of the power of judicial review of legislation – which empowers the STF through numerous tools for adjudicating on the activity (and on the omissions) of the Parliament and of the Government and at the same time undermines its authority subjugating the *erga omnes* effect of some decision to the will of the Senate – framers also ‘forgot’ to individuate a body entitled to enforce the protection of the *clausulas petreas*.”

O Brasil não é exceção nesse aspecto, ao contrário, pois países como Estônia, Nepal, Itália e Índia possuem constituições que padecem do mesmo problema (SCOTTI, 2018). Neste aspecto, o controle de constitucionalidade de emendas é realizado na perspectiva do “espírito constitucional” (valor) e das cláusulas pétreas. No caso do “espírito constitucional”, a vagueza do termo permite que as cortes tenham margem de flexibilidade para se autoproclamarem competentes, como também definir o conteúdo do valor em debate. As cláusulas pétreas, por sua vez, permitem à corte inferir que a ela incumbe o dever de revisão das emendas constitucionais para proteção do núcleo intangível (SCOTTI, 2018, p. 61-62).

Sob a perspectiva das cláusulas pétreas, o Supremo Tribunal Federal construiu jurisprudência em que se autodeclarou competente para a missão no Brasil. No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 939-DF⁴, em 1993, o Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento acerca da sua competência para revisão de emendas constitucionais fundamentado na ideia de guardião da constituição, nos termos do art. 102, I, “a”, da Constituição de 1988. Foi o primeiro caso em que a corte efetivamente declarou a inconstitucionalidade de uma emenda à constituição.

Verifica-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal autoproclamou-se guardião das cláusulas pétreas no Brasil, de modo que o mecanismo institucional colocado à disposição do legislador para alterar a constituição e que reflete com maior proximidade da soberania popular nas democracias constitucionais modernas (democracias representativas) está condicionado ao crivo de um poder que tradicionalmente não é formado por membros

4 ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755

que prestam contas de suas ações ao povo. É nesse contexto que a tensão entre democracia e constitucionalismo toma dimensão exponencial, porque, “se o povo controla o governo como poderes constituídos por meio da constituição, então, o controle sobre a autoridade para alterar o texto representa o poder mais alto na vida política da nação.” (ROZNAI, 2014, p. 110).

Pode-se afirmar que o povo está limitado pelas cláusulas pétreas, contudo, assumir essa tese não infere que o Judiciário deve ser o “revisor” da soberania popular. A construção da constituição é perene e as gerações futuras podem mudar a interpretação, inclusive, das cláusulas pétreas, desde que não as revogue. O poder de emendas tem natureza constitutiva, de modo que pode alterar os poderes constituídos e também os limites da sua competência sobre a competência para modificar a constituição, desde que nos limites estabelecidos por ela, o que também o caracteriza como poder constituído. Como diz Roznai, “é um poder constituído com uma capacidade especial, mas ainda assim é defendida e limitada” (ROZNAI, 2014, p. 111-112).

Diante de sua natureza especial, que coloca as regras de alteração da constituição numa posição de destaque na arquitetura constitucional nas democracias modernas, o controle de constitucionalidade do poder de reforma nos leva ao grau máximo de tensão entre legislativo e judiciário. Dizer que o poder de emendar a constituição é limitado, não é o mesmo que dizer que cabe ao poder judiciário fazer o controle de constitucionalidade das emendas, conforme exposto até aqui. Então a quem incumbe o dever de verificar os limites estabelecidos ao poder de emendar à constituição?

Os defensores do *judicial review*, geralmente, alegam que aquele que tem o poder de agir não pode acumular o poder de

decidir sobre o acerto da sua ação, sob pena de ser árbitro do seu próprio jogo. Esse argumento é controverso por natureza, vez que diante da ascensão do moderno *judicial review* em que as cortes supremas se colocam como atores políticos indutores da mudança social, não parece correto afirmá-lo, pois se assim o fosse, os Tribunais também seriam o árbitro do seu próprio jogo como acusam o Legislativo de ser, na medida em que ao fazerem escolhas substantivas acerca das políticas públicas estariam impondo-as a sociedade sem nenhum controle, conforme explicar Wolfe (1994, p. 332-336).

A defesa do argumento é ainda mais complicada em relação ao poder de emendar à constituição devido à sua natureza *sui generes* (poder constituinte e constituído) guardar estreita ligação com a soberania popular das gerações futuras, ainda que seja limitada pelas cláusulas pétreas. A soberania popular nas democracias constitucionais modernas não está ligada somente ao sufrágio universal. Conforme explica Waldron (2002, p. 189-191), soberania popular não quer dizer democracia, mas, sim, como o povo propõe a governar-se, de modo que a escolha do exercício dessa soberania torna-se a questão principal a ser enfrentada.

Então, a quem caberá decidir acerca da interpretação constitucional de uma emenda como expressão máxima da soberania popular nas democracias constitucionais modernas? O constitucionalismo progressista é uma das correntes doutrinárias atuais que se propõe a enfrentar o problema. Passa-se a análise das principais correntes desse movimento para tentar buscar a resposta.

3 CONSTITUCIONALISMO PROGRESSISTA E JUDICIAL REVIEW

Primeiramente, é necessário definir o que é o constitucionalismo progressista. O progressismo é uma característica que pode ser entendida pela forma de enxergar a constituição como um “direito vivo” que é capaz de crescer, uma crença que a constituição é sensível e receptiva à evolução social e aos ideais de justiça fundamental (POST; SIEGEL, 2013, p.31).

Ahron Barak (2008) afirma que a lei é um organismo vivo e, como tal, está em constante transformação. Essas transformações ocorrem para que a lei se adeque às novas realidades sociais. Diz o autor, “assim como a mudança da realidade social é a lei da vida, a capacidade de resposta à mudança na realidade social é a vida da lei” (BARAK, 2008, p. 26). Com efeito, o mesmo autor sustenta que a vida do direito não se baseia apenas na lógica legal, mas, antes, é uma renovação baseada na experiência e na lógica que adaptam o direito a nova realidade social.

Sob a perspectiva progressista, as Corte Constitucionais avançaram sobre pautas eminentemente políticas e se colocaram como artífices do processo de evolução social. O maior exemplo do progressismo judicial ocorreu entre as décadas de 50 e 70 do século XX, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos foi comandada pelo *Chief Justice* Earl Warren.

O primeiro caso de impacto que marcou a posição progressista da corte ocorreu em 1954 – “*Brown vs. Board of Education*” – que tratava acerca da constitucionalidade da segregação racial no ensino. A abordagem da Suprema Corte foi de ruptura com o sistema de segregação, no intuito de combater o racismo em longo prazo. Assim, ao invés de estabelecer a igualdade

entre escolas para brancos e negros, admitiu que a segregação fosse inconciliável com a cláusula de igualdade constitucional e determinou que as escolas deveriam receber alunos negros sem qualquer objeção. “As partes deveriam ser admitidas nas escolas públicas em bases racionalmente não discriminatórias o mais rápido como foi determinado.” (WOLFE, 1994, p.261).

Em 1958, no caso *Cooper vs. Aaron*, que também tratava sobre a segregação racial na educação pública no Estado de Arkansas, a Suprema Corte dá mais um passo na expansão do progressismo ao admitir expressamente que, embora Arkansas não fosse parte no caso Brown, o governador e o legislador estavam vinculados à decisão, pois em *Marbury vs. Madison* havia se declarado o Poder judiciário como intérprete supremo da constituição e tal interpretação teria sido aceita pela nação. Assim, o juramento de apoiar a constituição, realizado por funcionários do Estado, tornou-se equivalente a um juramento de apoio a interpretação da constituição pela Suprema Corte (WOLFE, 1994).

A questão é que esse tipo de interpretação dada pela Suprema Corte não guardava nenhuma similaridade com seu fundamento original (*Marbury vs. Madison*). Waldron (2002, p.191-192) afirma, inclusive, que o caso *Marbury vs. Madison* se tratou da análise de uma ação política do governo que foi questionada e não de um conflito interpretativo abstrato entre dois poderes do Estado, e que por esse motivo a corte foi obrigada a decidir naquela época.

Fato é que as ideias de *judicial review* e supremacia judicial para interpretação constitucional praticamente desapareceu até meados do sec. XX. O paradoxo é que sob a mesma perspectiva progressista surgiram novas teorias na tentativa de buscar um arranjo institucional que contemple o princípio democrático, pois em razão da supremacia judicial nos assuntos políticos passou-se a

perceber que as cortes constitucionais avançaram sobre o espaço político minimizando o debate público ao discurso jurídico.

Assim, surgiram duas vertentes importantes do constitucionalismo progressista, a saber, constitucionalismo popular e constitucionalismo democrático, as quais passa-se a analisar.

3.1 O constitucionalismo popular e sua proposta para resolver a tensão entre judicial review e democracia

Constitucionalismo popular não tem uma definição muito clara, como dizem seus críticos⁵. Contudo, algumas características comuns as suas várias correntes podem elucidar a questão. A primeira é que o constitucionalismo popular propõe a aproximação do povo com o exercício da interpretação constitucional. A segunda é a crítica à supremacia judicial no âmbito interpretativo da constituição. A equação dessas duas características pode nos oferecer uma definição mínima como sendo uma doutrina que defende a entronização de novos paradigmas populares para exegese constitucional.

O constitucionalismo popular repousa raízes no direito constitucional norte-americano advindo da discussão acerca do forte ativismo judicial exercido pela Suprema Corte dos Estados Unidos a partir da década de 1950. Como explica Wolfe (1994), o tribunal se tornou uma “superlegislatura” a partir da ascensão da Corte Warren, em 1953, pois passou a compreender que a Constituição não protegia os direitos e liberdades individuais a

⁵ Erwin Chemerinsky adverte que não há uma definição precisa sobre o que é o constitucionalismo popular e se o leitor busca-la será em vão (CHEMERINSKY, 2004, p. 675).

contento e que o juiz deveria fazê-lo como verdadeiro legislador judicial através de *judicial review*.

Wolfe (1994) afirmou que a amplitude dessa abordagem colocava praticamente todas as leis emanadas dos Estados-membros em confronto com a constituição, pois além daqueles direitos explicitamente descritos pelo constituinte, a Corte Warren expandiu essa compreensão quando identificou a existência de direitos fundamentais implícitos nas situações concretas que não necessariamente estavam claramente sob o manto da cláusula da igual proteção.

Para ilustrar podemos citar o caso *Lucas vs. 44th General Assembly* ocorrido, em 1964, no qual a Corte Warren declarou a inconstitucionalidade de um plano de divisão aprovado pelos eleitores do Estado do Colorado que previa uma câmara baixa baseada na população e uma câmara alta baseada em outros fatores, afirmando que “nem mesmo a sanção de um referendo popular poderia justificar que um plano privasse os indivíduos de seus direitos constitucionais “degradando” seus votos.” (WOLFE, 1994, p. 267) ⁶

Percebe-se, sem dúvida, nesse caso, que a Suprema Corte norte-americana impôs sua visão da constituição para toda a nação, pois ainda que o povo referendasse uma opção que entendia está de acordo com a mesma constituição, deveria ser chancelada pelo crivo do *judicial review* do Tribunal. É nesse cenário que surgem críticas veementes a supremacia judicial na interpretação constitucional, sobretudo, por seu caráter, em tese, antidemocrático, razão pela qual o constitucionalismo popular surge na tentativa de solucionar a tensão entre democracia e *judicial review*.

⁶ Not even the sanction of a popular referendum could justify a plan that deprived individuals of their constitutional rights by “debasing” their votes.”

3.1.1 A constituição como construção histórica precisa da participação direta do povo?

Larry Kramer, um dos principais defensores do constitucionalismo popular, trabalha a concepção sob a perspectiva histórica. Ele reconstrói a história do constitucionalismo norte-americano para demonstrar que a ampla participação do povo era comum na prática da interpretação constitucional no início. Afirma que tal prática foi trazida do modelo constitucional da Inglaterra, pátria dos fundadores. Para o autor, a constituição consuetudinária inglesa teve influência decisiva no fortalecimento da participação popular, pois o povo era concebido como “(...) um corpo coletivo capaz de ação independente – tinha o poder de impor a constituição aos governantes errantes (...)” (KRAMER, 2004, p.25). Assim, a própria comunidade tinha o dever e a responsabilidade de agir quando o processo ordinário falhasse e até mesmo resistir às inconstitucionalidades, sem que isso comprometesse a autoridade governamental ou a aplicação de outras leis.

Com efeito, o autor entende que a supremacia judicial não era compatível com a prática constitucional da época, uma vez que o controle da constitucionalidade das leis era fruto de participação direta da população por meio de eleições, júris, direito de petição, protestos populares, enfim, para as possíveis violações à Constituição, a política era a primeira salvaguarda (KRAMER, 2004, p. 83-84).

A ideia do *judicial review* sempre gerou controvérsia ao longo da história americana, justamente porque a prática constitucional era realizada pelo povo diretamente. Mas, foi a partir do caso *Marbury vs. Madison* que se consolidou a concepção do *judicial review* pelo Poder judiciário na interpretação constitucional. Kramer (2004) expõe que, na verdade, essa solução foi fruto de uma acirrada

disputa político-partidária entre federalistas e antifederalistas (republicanos) e não da concepção natural do constitucionalismo.

Mas foi somente a partir da segunda metade do século XX, no caso *Cooper versus Aaron* (1958), que a Suprema Corte dos Estados Unidos, mais do que informar um fato, empregou *Marbury vs. Madison* para criar um fato novo. No mesmo sentido, Keith Whittington acredita que a virada retórica de *Cooper versus Aaron*, transformando o *judicial review* em uma explícita teoria de supremacia judicial, ocorre quando o *Chief Justice* Earl Warren apresenta a posição unânime da Suprema Corte, ao declarar:

Em 1803, O Chief Justice Marshall, relatando a posição unânime da Corte, refere-se à Constituição “como a lei maior e fundamental da nação” declarando no notável caso *Marbury v. Madison*... que “é enfaticamente atribuição e dever do departamento judicial dizer o que o direito é”. Esta decisão (de *Marbury*) declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição, e que este princípio tem sido respeitado por esta Corte e pelo país como uma característica permanente e indispensável de nosso sistema constitucional (WHITTINGTON, 2002, p. 103, tradução nossa).

Realmente, a decisão de Marshall em *Marbury vs. Madison* não foi tão categórica quanto *Cooper versus Aaron*, e, embora a teoria popular de Kramer não seja necessariamente adversarial ao mecanismo da revisão judicial, é claramente oposta à supremacia judicial, ou seja, a defesa da “palavra final” dada pelo poder judiciário.

Mas seria possível o retorno aos primórdios da interpretação constitucional para trazer o povo (juntamente como as demais instituições) de algum modo a participar do processo interpretativo da constituição? Se sim, em que medida e como?

No caso do *judicial review* sobre emendas constitucionais nos parece possível que em algum momento o povo venha a ser chamado para dirimir o conflito interpretativo entre legislativo e judiciário. Ocorre que na perspectiva brasileira seria necessário verificar as condições históricas, políticas e culturais do constitucionalismo no país e não simplesmente aceitar que a proposta teórica do constitucionalismo popular, formulada nos Estados Unidos, seja importada para nossa realidade sem qualquer refino. Até porque Larry Kramer não responde em sua obra como o povo deveria participar da interpretação constitucional naquele país, muito menos, no caso de controle de constitucionalidade de emendas.

Na verdade, a proposta dele é sugerir que a cooperação entre as instituições e a deferência delas à soberania popular são as chaves para a interpretação constitucional sem que necessariamente haja prevalência das cortes. As duas conjuntamente têm o potencial de trazer o senso de responsabilidade às instituições envolvidas na interpretação constitucional desmotivando-as de controvérsias e impondo o ônus de justificação as suas ações, sob pena de serem censuradas umas pelas outras e pelo próprio povo diretamente. O equilíbrio gerado por essas equivalências se contrapõe à ideia da supremacia judicial que hoje predomina com bastante solidez na práxis jurídica.

Assim, é possível defender que em algum momento se mostra necessário trazer o povo diretamente para o centro das discussões da interpretação constitucional para equilibrar a relação entre os poderes, sobretudo, nos conflitos que envolvam legislativo e judiciário na interpretação de emendas constitucionais, pois, como

explicado alhures, certamente revela o ponto de maior tensão na medida em que é o mecanismo institucional colocado à disposição das gerações futuras para atualizar o sentido constitucional e, ao mesmo tempo, está limitado às cláusulas pétreas que são o limite material ao exercício desse poder.

3.1.2 O parlamento é a expressão política da sociedade e, portanto, fala pelo povo?

Ainda na perspectiva do constitucionalismo popular, Mark Tushnet desenvolve o constitucionalismo popular político. O autor trabalha a partir do viés político da interpretação constitucional. Para ele, em democracias estáveis, o exercício dessa função não deveria ficar adstrito às cortes, mas, sim, constituir-se numa prática perene exercida por todos os poderes. Tushnet (1999) não vê necessidade de uma autoridade superior (Suprema Corte) para dar a “palavra final” sobre questões constitucionais controvertidas e defende que a interpretação constitucional se dê na arena política, tendo como parâmetro os valores constitucionais contidos nos princípios e preâmbulo da constituição americana, por ele chamado de Constituição fina (TUSHNET, 1999, p.13).

Sob essa perspectiva o autor afirma que não é a decisão da Suprema Corte que garante a estabilidade e a manutenção da ordem e, sim, o compromisso de todos na defesa da Constituição fina na medida em que expressa os valores e direitos fundamentais conquistados em séculos de lutas da sociedade americana, razão pela qual lhe serve de parâmetro e identidade como comunidade (TUSHNET, 1999, p.12).

A consequência para Tushnet, é que o *judicial review* se mostra desnecessário, na medida que os departamentos buscam

interpretar os desacordos morais coletivos tendo como parâmetro a Constituição fina, não há razão para defender a existência de um órgão central dotado de prerrogativa superior para dar a sua versão da Constituição. Portanto, ele desconfia do protagonismo judicial na interpretação constitucional e passa à defesa de uma interpretação fora das cortes que valoriza o debate público na arena política, tal como Kramer demonstrou ter ocorrido nos primórdios da história americana.

Com efeito, a qualidade da interpretação constitucional está no fator de coesão que o fundamento da Constituição fina carrega. É dizer, uma interpretação que guarde balizas com os princípios constitucionais “articulados no preâmbulo e na Declaração de Independência” (TUSNHET, 1999, p. 51), pois neles encontram-se a essência da histórica política norte-americana e não como “atualmente, a Constituição é o que a maioria da Suprema Corte diz que é [...]” (TUSHNET, 1999, p.52).

Nesse contexto, o autor afirma que as dúvidas sobre o conteúdo dos princípios e valores da Constituição fina devem ser debatidas na arena pública por intermédio das lideranças políticas (TUSHNET, 1999, p.14). Defende a atuação de lideranças no sentido de informar a opinião pública sobre os pontos de vistas debatidos na controvérsia constitucional tem o condão de gerar um efeito inibitório na atuação da própria Corte (TUSHNET, 1999, p. 25).

O autor, então, se coloca contrário à supremacia judicial na interpretação constitucional ao afirmar que a justificativa retórica da qualidade racional das deliberações do Tribunal não se sustenta em evidências plausíveis que confirmam a premissa. Nesse aspecto, Tushnet deixa claro que os argumentos na defesa das decisões substanciais dos tribunais apenas reforçam o caráter antidemocrático em relação ao constitucionalismo popular, na

medida em que os erros podem ocorrer tanto nas decisões tomadas pelo parlamento quanto pelo judiciário (TUSHNET, 1999, p. 71-72).

Ademais, Tushnet (1999) diz que a supremacia judicial induz a não adesão dos legisladores aos princípios e valores da Constituição fina. Ele argumenta que há uma tendência dos políticos a legislar casuisticamente apenas para contemplar os objetivos eleitorais sem se preocupar com a coesão constitucional, já que poderão ser corrigidos pela suprema corte. É o que ele denomina “problema do descumprimento antecipado da Constituição”(TUSHNET, 2008, p.101)⁷.

Denota-se das considerações do autor que o exercício da interpretação constitucional à luz da supremacia judicial, além de se apresentar como um modelo antidemocrático traz a reboque o problema do descompromisso dos outros departamentos com a coesão constitucional, de modo que solução judicial colocaria toda a sociedade sob sua tutela, como se a comunidade política não tivesse o desenvolvimento necessário para adotar suas próprias decisões. Nesse aspecto Tushnet (1999) confia no parlamento como *locus* legítimo da representação popular para o debate público, na medida em que se a decisão do legislativo não estiver de acordo com os anseios populares, haverá o controle pela via eleitoral.

Mas será que de fato a reação social contra propostas de emendas que possam esvaziar as cláusulas pétreas será considerada pelo Parlamento? E mais, se a maioria momentânea expressar

7 “The fact that legislators behave badly when they know that someone is around to bail them out tells us little about how they would behave were they to have full responsibility for their actions. Such cases do exist: the ‘political questions’ case where there is a not realistic prospect of judicial review, so that legislators know they have full an exclusive responsibility for arriving at a conclusion that, according to their oaths of office, must be consistent with the constitution.”

o desejo de revogar as cláusulas pétreas, o Parlamento estaria autorizado a fazê-lo em nome do “povo”?

O mesmo argumento contrário à supremacia judicial vale para supremacia parlamentar. Nada garante que uma maioria parlamentar momentânea possa reverberar a intenção irrefletida do povo acerca da essência da carta política. Afinal de contas a tentativa de revogar uma cláusula pétrea equivale a romper com a própria ideia de comunidade política na medida em que essas disposições são o núcleo intangível da constituição que dão unidade e integridade de sentido. É dizer, não existe comunidade sem o núcleo mínimo unitário que garante a própria ideia de vida comum, no caso brasileiro, as cláusulas pétreas. Assim, ainda que a teoria do constitucionalismo popular de Tushnet traga o povo, via parlamento, para o ápice da interpretação constitucional, esse poder não é ilimitado e se o povo desejar romper esse limite é necessário admitir que se estará inaugurando uma nova ordem constitucional.

Portanto, é possível inferir da teoria de Tushnet que o constitucionalismo popular político mostra-se um modelo constitucional viável dentro dos parâmetros norte-americanos, vez que há uma larga história de participação popular no debate público, como também de compromisso das instituições com a Constituição fina, enfim, os dois elementos da engrenagem institucional proposta pelo autor para tentar equilibrar a tensão que envolve constitucionalismo e democracia.

O caso brasileiro é ainda mais *sui generes*, pois é um sistema de controle de constitucionalidade forte que permite o *judicial review* até mesmo de emendas constitucionais. Assim, conquanto a teoria de Tushnet possa se enquadrar à realidade americana, é preciso observá-la com cautela diante do caso brasileiro de suas

peculiaridades na formação histórico-cultural-política a evidenciar constantes rupturas institucionais em momentos de tensão entre os poderes, como indicam as oito constituições desde a independência em 1822.

2.1.3 As cortes são mediadoras do debate público?

Vale ainda destacar a teoria de Barry Friedman (1993) que suscita o debate sob a vertente do constitucionalismo popular mediado. Para ele, a discussão constitucional não deve partir da posição adversarial entre cortes e parlamentos, como predomina atualmente, mas sim por um diálogo mediado pela opinião pública. O autor afirma que “a Constituição não é interpretada por juízes distantes que impõem sua vontade ao povo. Antes, a interpretação constitucional é uma discussão elaborada entre juízes e o corpo político⁸ (FRIEDMAN, 1993, p. 653).”

Friedman considera que democracia popular e revisão judicial cresceram como controle um do outro mantendo a ideia original de freios e contrapesos, mesmo que os fundadores não pudessem imaginar que isso seria possível da maneira como ocorre modernamente. Assim, adota a premissa de que as cortes são canais importantes para o diálogo sobre questões constitucionais, ao tempo em que nega a existência de um poder majoritário ou contramajoritário estabelecendo que o *judicial review* é um veículo poderoso de interlocução entre os poderes (FRIEDMAN, 1993, p. 616-617).

8 “The Constitution is not interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic.”

Nesse contexto, ele propõe três formulações mais modernas e condizentes com as democracias atuais: 1) o sistema político de governo não personifica a vontade de maioria, mas é adequado para integrar pautas de grupos diversos; 2) o texto constitucional revela múltiplas vontades, ou seja, não comporta uma única interpretação; 3) o processo de interpretação constitucional é dinâmico e aberto às diferentes mudanças ocorridas em momentos da sociedade (FRIEDMAN, 1993, p. 629).

Com efeito, o autor passa a descrever o processo de diálogo interinstitucional de modo a refutar dogmas como o parlamento representa a maioria e as cortes preservam direitos fundamentais adotando uma postura contramajoritária ao decidir de maneira definitiva. Para Friedman (1993), a opinião pública é a pedra angular da interpretação constitucional, pois impõe aos poderes o dever de justificação das decisões, afastando a ideia de contramajoritarismo.

Logo, entende que a dificuldade contramajoritária não é fundamento ao *judicial review*, e, mais, que a interpretação judicial não é exclusiva e, muito menos, final. Na verdade, o *judicial review* abre uma sequência dialógica institucional e popular que se constrói na multiplicidade de variáveis de uma sociedade plural com aptidão a produzir a decisão com base nos melhores argumentos de razão pública.

Friedman é radicalmente contrário à pretensa neutralidade do direito em relação às influências externas. Ele descreve que o processo de decisão judicial da Suprema Corte ao invés de ser contrário à opinião popular (como se defende no fundamento contramajoritário), na realidade “é uma espécie de constitucionalismo popular, no qual as interpretações constitucionais refletem a vontade popular ao longo do tempo” (FRIEDMAN, 2003, p. 2599). Porém, adverte Friedman:

Não se trata de um relacionamento direito e não envolvem juízes que simplesmente se submetem a vontade popular em certos casos, como alguns constitucionalistas populares parecem acreditar que deveria ser. Em vez disso, o processo é mediado pelas maneiras pelas quais o público obtém suas informações sobre o que os tribunais fazem, a maneira como o público pode e o que responde às decisões judiciais e até que pontos tribunais conhecem a opinião popular e a levam em consideração (FRIEDMAN, 2003, p. 2599, tradução nossa)⁹

Com efeito, a posição da corte variará de acordo com a questão específica debatida e o contexto social que a permeia. Hora será mais ativa, hora menos. Poderá ser majoritária ou contramajoritária. Enfim, variáveis como a participação maior ou menor do povo e o desempenho do parlamento, serão tomadas em consideração pela corte para estabelecer o grau de atuação. Esse processo de diálogo mediado é que permitirá ao povo compreender a decisão adotada. Assim, reafirma Friedman que “o monitoramento público do poder judiciário e a capacidade de resposta judicial à opinião pública ao longo do tempo são essenciais para o constitucionalismo popular mediado” (FRIEDMAN, 2003, p. 2560, tradução nossa).

9 The animating idea of the Article is that our system is one of popular constitutionalism, in that judicial interpretations of the Constitution reflect popular will over time. But the relationship is not direct, and does not involve judges simply deferring to popular will in certain instances, as some popular constitutionalists seem to believe should be the case. Rather, the process is mediated by the ways that the public gets its information about what courts do, the way the public can and does respond to judicial decisions, and the extent to which courts are cognizant of popular opinion and take account of it.

Contudo, em certos casos a Suprema Corte americana se colocou acima dos próprios valores arraigados na sociedade americana para atuar como protagonista da mudança desses próprios valores, como explica Wolfe (1994). Tomemos como exemplo o caso *Roe vs. Wade*, ocorrido em 1973, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos tratando da privacidade como autonomia pessoal, tomou uma decisão sobre a questão do aborto que até os mais fervorosos defensores do progressismo da Corte Warren criticaram (WOLFE, 1994).

A corte entendeu que até os três meses iniciais da gravidez o aborto era uma questão privada entre a gestante e o médico, a partir dos três meses de gestação o Estado poderia restringir esse direito para preservar a saúde da mãe e, após os seis meses de gravidez, tempo em que o feto se tornava viável fora do útero materno, o Estado poderia regular o aborto tomando em consideração o interesse na “vida humana em potencial”.

Não nos parece que a Suprema Corte tenha adotado uma posição de mediadora do debate público no caso. Na realidade, evidencia-se que a Corte simplesmente tomou uma decisão conforme sua interpretação constitucional e a “impôs” para sociedade mesmo sem adesão das duas correntes antagônicas do debate e sem espelhar os valores norte-americanos construídos ao longo da história.

Ainda que posteriormente a Suprema Corte tenha minimizado os efeitos do precedente por conta de pressões populares, o que de certa forma demonstra que a opinião pública é um elemento importante a ser considerado, fato é que no momento da decisão o judiciário se impôs sobre todos os outros poderes conformando a pauta do aborto naquela sociedade de modo a se colocar como um ator social acima de todos os demais.

3.2 O produto do embate entre constitucionalismo e democracia garante a legitimidade do controle de constitucionalidade de emendas?

Os professores Robert Post e Reva Siegel passam a desenvolver a teoria do constitucionalismo democrático. A concepção dos autores está ancorada no postulado de que a tensão entre constitucionalismo e democracia é benéfica, pois é através do diálogo entre eles que emerge o produto, qual seja, a legitimidade da constituição. O desacordo entre constitucionalismo e democracia é aceito e considerado positivo pelos autores, contrariando boa parte dos estudos contemporâneos sobre a temática que pretendem sanar o conflito.

Post e Siegel buscam superar as visões dicotômicas que permeiam o debate, tais como, “direito vs. política”, “constitucionalismo vs. democracia”, “supremacia judicial vs. autogoverno”. Para eles, “a premissa do constitucionalismo democrático é que a autoridade da constituição depende da legitimidade democrática” (POST; SIEGEL, 2013, p 44), de modo que se os tribunais interpretam a constituição de maneira oposta às profundas convicções do povo norte-americano, esse encontrará formas de demonstrar suas objeções e oposição às decisões judiciais.” (POST; SIEGEL, 2013, p. 45).

Nesse sentido, a legitimidade democrática da interpretação constitucional advinda das cortes dependeria da capacidade desta de projetar na decisão os valores arraigados naquela sociedade, de modo que a aceitação do povo (ainda que em momento posterior) lhe daria a conformação democrática. É nesse aspecto que em sociedades complexas e multifacetadas como as atuais seria possível

falar em democracia, vez que a existência de diálogo institucional e reações violentas das decisões das cortes (“*backlash*”) advindas dos mais diversos atores sociais trariam a garantia de legitimidade democrática da decisão judicial na construção da constituição.

As controvérsias sobre os desacordos morais da sociedade quando chegam às cortes deveriam ser dirimidas pelos juízes de modo a levar em consideração as nuances extrajurídicas da causa, é dizer, a corte além de se balizar no aspecto legal, deve, sobretudo, buscar perceber os valores tradicionais daquela sociedade e tentar ao máximo considerá-lo dentro da construção da decisão que possa acomodar a miríade de interesses sociais envolvidos. Porém, como o consenso é impossível, o dissenso que leva à reação social à decisão da corte será importante para que o debate político constitucional fora dos tribunais acrescente novos elementos e assim a legitimidade democrática seja conquistada da melhor forma possível. Nesse sentido para Post e Siegel a legitimidade da decisão da corte depende de sua responsividade democrática.

Até certo ponto a abordagem pretendida por Post e Siegel guarda similitude com o constitucionalismo popular mediado de Friedman, porém, se diferencia em relação à percepção de que a disputa pela interpretação da constituição não necessita de mediação da corte, ao contrário, a dissidência é seu motor e não há razão para acreditar que os tribunais devam ceder à opinião pública se os seus argumentos forem de fato os mais persuasivos para resolução da questão.

Esse constante embate de forças é que garante o equilíbrio do sistema político e resguarda o princípio democrático, na visão de Post e Siegel (2013). Nesse contexto, os membros da comunidade política deveriam lançar-se no debate público apresentando os melhores argumentos para a interpretação constitucional de modo

a persuadir uns aos outros na busca do melhor resultado possível. Assim tanto a decisão judicial das cortes como a política democrática afetar-se-iam mutuamente, pois o significado constitucional é extraído justamente dos embates que surgem a partir desses discursos (POST; SIEGEL, 2007, p. 395).

O caso brasileiro do controle de constitucionalidade de emendas se mostra problemático na conformação teórica do constitucionalismo democrático. Como sustentar um embate perene na interpretação das emendas, se o poder judiciário brasileiro adota uma posição de supremacia?

Ora, se a Suprema Corte adotar uma determinada interpretação sobre a emenda considerando-a inconstitucional deve-se admitir que a única solução cabível será a propositura de uma nova emenda. Todavia, a nova emenda deverá resguardar a interpretação constitucional dada pela Suprema Corte, ainda que o Legislativo entenda que sua hermenêutica também era constitucional e mesmo que o povo reaja violentamente contra a decisão da corte, não há outra forma de solucionar a questão. E, mais, a nova emenda também poderá passar pelo crivo do Poder judiciário em nova rodada de análise para que se verifique se está de acordo com a decisão anterior do Tribunal.

Em suma, no sistema constitucional brasileiro (pelo menos) o que se verifica na realidade é a supremacia judicial no controle de constitucionalidade de emendas, pois a própria superação legislativa deverá atender aos ditames da decisão da Suprema Corte. Não se trata de verificar a questão da “última palavra” que nesse caso teria sido do Legislativo, mas, sim, que a soberania popular expressada na intenção do legislador de dar uma nova interpretação constitucional a alguma cláusula pétrea terá que necessariamente ficar adstrita às balizas determinadas pelo Poder

judiciário, ainda que o constituinte reformador entenda que sua interpretação seja viável do ponto de vista constitucional.

Mas, deve-se fazer o exercício oposto. Caso o legislador reformador tente suprimir alguma cláusula pétrea e seja impedido pelo controle de constitucionalidade exercido pela Corte. Haveria interferência entre os poderes? Primeiramente, é necessário ponderar que nesse caso o controle político falhou, pois as cláusulas pétreas são impeditivos materiais a propositura de emendas à constituição. Essa falha abre a possibilidade de controle uma vez que os poderes constituídos foram outorgados nos limites da constituição e das leis. Desse modo, é imperioso admitir a atuação legítima do Judiciário para resguardar a constituição e seus valores fundamentais, como afirma Barak (2008).

O constitucionalismo democrático defende que o diálogo entre legislativo e judiciário em rodadas deliberativas acomode as posições até que se chegue à solução temporária, pois acredita que esse consenso mínimo deve ser questionado por qualquer dos ramos do governo a fim de que a disputa garanta a qualidade das decisões. Não obstante, no caso brasileiro do controle de constitucionalidade de emendas tal arranjo não se verifica na realidade. Pior, muitas vezes a eficácia das emendas constitucionais é suspensa por decisões cautelares monocráticas. Cite-se como exemplo a ADI nº 939-DF¹⁰, primeiro caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma emenda. No julgamento da medida cautelar pleiteada na referida ação, o ministro Francisco Rezek expôs de maneira clara sua preocupação em relação ao controle judicial de emendas constitucionais:

10 ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755

Fico a pensar nas consequências da crítica judiciária ao poder de emenda à Constituição, ao poder que o legislador – a tanto legitimado pelo voto popular – tem em suas mãos de trabalhar sobre a Carta. Afinal, não há no país um único jurista que entenda a Carta de 1988 imune às emendas que possam, ou solver uma contingência, como parece o caso da presente emenda, ou melhorar, em caráter definitivo, sua qualidade. [...] O que me preocupa é a iminência de uma limitação, a meu ver excessiva, do poder de emenda que o Congresso Nacional tem, e que só deveria frustrar-se quando estivéssemos autorizados a dizer que o Congresso abusou de seu poder de emenda, porque investiu contra alguns pilares da nossa construção republicana federativa, do nosso ideário pluralista e humanista, afrontando, de algum modo, uma das garantias realmente essenciais à vida contemporânea do homem livre (BRASIL. STF, ADI n. 939/DF, *online*).

Logo, percebe-se na prática constitucional brasileira que o arcabouço teórico proposto pelo constitucionalismo democrático encontra dificuldade na medida em que os poderes da suprema corte brasileira permitem até mesmo a suspensão cautelar de uma emenda por decisão monocrática de modo que a única reação institucional colocada à disposição do legislador para superar a interpretação constitucional da corte pode ser obstada sem ao menos que o plenário possa discutir.

4 CONCLUSÃO

O poder de reformar a constituição é o mecanismo institucional posto à disposição das gerações futuras para adequar o documento as novas realidades sociais. Contudo, tal poder não é ilimitado. No caso brasileiro o limite é expresso no art. 60, §4º da Constituição de 1988 que salvaguardou do poder constituinte reformador a forma federal do Estado, o voto secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade de emendas revela a tensão mais latente entre constitucionalismo e democracia, pois o Poder judiciário ao exercer a verificação dos limites ao poder reformador estaria subjugando a soberania popular à sua visão acerca da constituição.

A celeuma reside no fato de que a natureza do poder constituinte reformador é híbrida, ou seja, ora se apresenta como constituinte na acepção do produto de sua ação, pois ao emendar a constituição pode inaugurar novas concepções à carta política; ora se apresentada como poder constituído que no exercício da sua função está limitado pelas cláusulas pétreas. Então, os críticos do *judicial review* questionam como um poder construído poder impor óbices a um poder constituinte, ainda que limitado. Também criticam o caráter antidemocrático do Judiciário e sua falta de *accountability* perante o povo.

Diante da ascensão do moderno *judicial review*, que colocou as cortes constitucionais como atores políticos na efetivação das políticas públicas e mudanças sociais, surgiram algumas teorias contemporâneas para tentar minimizar a situação e contemplar o princípio democrático na seara da interpretação constitucional. O constitucionalismo progressista é gênero do qual são espécies

o constitucionalismo popular e o constitucionalismo democrático. Em essência, afirma que o sistema jurídico tem caráter orgânico, vivo, a necessitar de constante atualização diante dos avanços sociais. Assim, todos os poderes devem participar do processo de construção do sentido da constituição e não apenas o Poder judiciário deve ter essa pretensão.

O constitucionalismo popular de Kramer e Tushnet trabalha na perspectiva de que as cortes não devem ter a “última palavra” na interpretação constitucional, de modo que tenta resgatar, cada qual a sua forma, o povo como elemento central na construção da constituição para afastar a supremacia judicial nesse aspecto. O constitucionalismo popular mediado de Friedman traz um enfoque diferenciado, pois sua preocupação não está em buscar a solução para a “última palavra”, mas, sim, compreender qual o papel das cortes constitucionais no processo de construção da constituição.

É possível afirmar que embora todos os autores admitam que a constituição seja construída e que o povo deve ter participação ativa nesse processo, eles se diferenciam quanto à forma da participação e também em relação à abordagem do problema. Quanto à visão do problema, Kramer e Tushnet adotam uma perspectiva tensionada para superar a supremacia judicial, já Friedman propõe um tratamento dialógico. Em relação à forma de solução, Kramer retrata a história do constitucionalismo americano para dizer que tal qual foi no início da fundação, o povo deveria participar ativamente da política constitucional. Tushnet, por sua vez, defende a supremacia do parlamento como *locus* representativo do povo na interpretação constitucional. Friedman adere ao pensamento da opinião pública como uma espécie de guia para as decisões das Cortes e, nesse sentido, entende que o papel do Tribunal é mediar o debate público.

Já a proposta do constitucionalismo democrático de Post e Siegel é mais abrangente e minuciosa do que o constitucionalismo popular pretende. O constitucionalismo democrático de Post e Siegel vai mais longe ao propor a releitura da questão para buscar compreender o fenômeno democrático para além das preferências majoritárias ou sobre quem deve decidir os desacordos coletivos. Na realidade, a proposta é analisar o papel das cortes e dos outros atores sociais (movimentos sociais, demais instituições, povo) que estão interligados num processo político de caráter dialógico para construção de um projeto de nação que assume a constituição como um produto inacabado a necessitar de constante evolução e ressignificação.

Inferese que tanto a proposta do constitucionalismo popular como do constitucionalismo democrático falham em apontar uma resposta para o caso brasileiro no controle de constitucionalidade de emendas. O constitucionalismo popular histórico de Kramer sugere que o povo seja devolvido ao centro do debate público constitucional americano, porém, o autor além de não enfrentar a questão específica do controle de constitucionalidade de emendas, também não apresenta uma resposta factível de como o povo deve se reconciliar com constitucionalismo na modernidade naquele país.

O constitucionalismo popular político de Tushnet confia na representação política e no debate público realizado no Parlamento como uma possível solução para a tensão entre *judicial review* e democracia na perspectiva norte-americana. Porém, o mesmo argumento de Tushnet para negar ao Judiciário a “palavra final” acerca das questões políticas controversas nos Estados Unidos vale para a supremacia do parlamento, uma vez que nada garante que o legislativo irá se comportar nos limites da Constituição. E, mais, no caso do exercício do poder de reformar o legislativo pode captar as vozes irrefletidas das maiorias momentâneas para

suprimir cláusulas pétreas, uma vez que o custo político de suas ações será positivo já que respaldado na maioria. Assim, a própria ideia de comunidade política, cujo núcleo de unidade e integridade estaria protegido pelas cláusulas pétreas poderia ser quebrada por um parlamento interessado em alargar seu poder e não no projeto constitucional da nação.

O constitucionalismo popular mediano de Friedman acredita que enxergar as cortes constitucionais como mediadoras do debate público seria a melhor forma de solucionar o problema. Ocorre que a experiência empírica dos Estados Unidos provou que a atuação da corte em alguns casos não foi de mediadora do debate público e sim da supremacia judicial. Especialmente no caso *Roe vs Wade* (1973) a corte impôs a sociedade americana sua visão sobre a questão do aborto mesmo diante de um quadro polarizado de opiniões. Ao invés de pacificar a questão, a Corte Suprema acirrou os ânimos e provocou reação violenta de ambos os lados.

Por fim, o constitucionalismo democrático também não dá solução adequada ao caso brasileiro, já que o controle de constitucionalidade de emendas permite até mesmo que a eficácia do poder de reforma seja suspensa cautelarmente em decisão monocrática do relator. Assim, o mecanismo institucional posto a disposição do legislativo para superar a interpretação da corte está adstrita à revisão da Corte e, pior, pode ser suspenso por um ministro sem que o plenário tenha possibilidade de analisar o caso. Logo, não há como haver uma constante disputa pela interpretação da constituição como defende o constitucionalismo democrático, pois a corte simplesmente impõe sua interpretação e bloqueia a reação dos outros poderes.

Conquanto as teorias do constitucionalismo progressista tentem de algum modo se comprometer com a democracia e em

trazer o povo para o debate público a fim de garantir a construção democrática do sentido da carta política, no caso do controle de emendas constitucionais parece que essa tentativa esbarra na prática constitucional brasileira, pois no arranjo proposto por elas a suprema corte tem algum papel determinante que não se verifica empiricamente no constitucionalismo brasileiro. Assim, a questão que fica é como resolver a celeuma na prática diante de um Supremo tribunal Federal cada vez mais poderoso e onipresente?

Apresenta-se uma saída que perpassa pelo recurso direto ao povo em algum momento. Talvez no embate entre legislativo e judiciário acerca da interpretação de uma emenda constitucional, chamar o povo a decidir pode ser a expressão mais fidedigna da soberania popular do que deixar a disputa entre poderes constituídos. A responsabilidade do poder constituinte não deve ser apenas a de outorgar os poderes para criação da constituição e a partir daí deixar que os poderes constituídos definam os caminhos da sociedade de acordo com suas preferências. Ora, se todo poder emana do povo, nada mais justo que esse povo se autogoverne em algum momento de impasse entre os poder constituídos. Não se trata de recorrer ao povo constantemente, mas, atribuir responsabilidade direta pelos destinos da nação em momentos excepcionais como nesse caso da interpretação de emendas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions**. New York: Oxford University Press, 2019.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. 2. ed. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF, Relator Ministro Sidney Sanches, julgado em 15 de dezembro de 1993, **DJ 18 mar. 1994**.

CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: The perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law Review**, Champaign, n. 3. p. 673-690, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2144&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

_____. Mediated popular constitutionalism. **Michigan Law Review**, v. 101, 2003.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. In. **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 13, Issue 3, 1 July 2015, p. 686–713.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James and JAY, John. **The Federalist papers**. New York: Bantam Books, 1982.

KRAMER, Larry. **The people themselves**-Popular constitutionalism and judicial review. Oxford University Press: Oxford, 2004.

POST, Robert e SIEGEL, Riva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre constitución y pueblo. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2013.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: a study of the nature and limits of constitutional amendment powers**. Tese (Doutorado em Direito) – Department of Law of the London School of Economics. Londres, 2014.

SCOTTI, Valentina Rita. Constitutional amendments and constitutional core values: the Brazilian case in a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 59-76, set./ dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60979.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitutional away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WALDRON, Jeremy. **Judicial power and popular sovereignty**. In: Marbury versus Medison: documents and commentary/edited by Mark A. Graber and Michel Perhac. CQ Press. A division of Congressional Quarterly Inc., Washington, D. C., 2002.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. London: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

PARTE II

MUDANÇAS INSTITUCIONAIS E EFETIVIDADE DO DIREITO NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

O PAPEL DA SEGURIDADE SOCIAL NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES

Raul Lopes de Araújo Neto¹

Leandro Maciel do Nascimento²

Samuel Pontes do Nascimento³

Resumo: O texto aborda o papel da seguridade social na redução das desigualdades. Divide-se em três partes. Na primeira, são apresentados os princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988 como os elementos de unificação e sistematização da interpretação das normas constitucionais. Inclusive as da ordem social e da seguridade social. Na segunda parte, analisa-se as bases constitucionais e os objetivos da promoção da ordem social no direito brasileiro. Por fim, apresenta-se a seguridade social

1 Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília, é Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. É professor de Direito da Universidade Federal do Piauí.

2 Doutor em Direito Econômico e Financeiro (Universidade de São Paulo - USP/2020). Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS/2015). Especialista em Direito Constitucional (Universidade Federal do Piauí - UFPI/2003) e Bacharel em Direito (Universidade Federal do Piauí - UFPI/2002). Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí.

3 Professor de Direito Econômico na Graduação e no Mestrado da Universidade Federal do Piauí. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2006), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016).

como mecanismo indutor da redução das desigualdades sociais. O trabalho parte da constatação de que desigualdades sociais decorrem da ação ou da inação de governos e particulares ao longo da história. Assim, sua redução exige políticas públicas voltadas para a redução de seus efeitos, incluindo as prestações de seguridade social.

Palavras-chave: Direito constitucional; Princípios fundamentais; Seguridade social; Desigualdades.

Abstract: The text addresses the role of social security in reducing inequalities. It is divided into three parts. In the first one, the fundamental principles of the Brazilian Constitution of 1988 are presented as the elements of unification and systematization of the interpretation of constitutional law. Including those of the social order and social security. In the second part, the article analyzes the constitutional bases and the objectives of promoting social order in Brazilian law. Finally, social security is presented as a mechanism that induces the reduction of social inequalities. The work starts from the observation that social inequalities stem from the action or inaction of governments and individuals throughout history. Thus, its reduction requires public policies aimed at reducing its effects, including social security benefits.

Key-words: Constitutional law; Fundamental principles; Social security; Inequalities.

1 INTRODUÇÃO

O texto constitucional indica que a Seguridade Social representa um conjunto de medidas de iniciativa do poder público

e da sociedade, destinadas a assegurar a saúde, assistência social e previdência social. Apesar da previsão constitucional é comumente implicado à Seguridade Social o papel de única libertadora das necessidades sociais.

É certo que dentre as mazelas sociais que atualmente acometem o país, parte delas têm relação com a saúde, assistência e previdência social. Seja o serviço de saúde que não comporta o atendimento a todos os enfermos, a assistência social que exige rígidos critérios para concessão de benefícios, ou até mesmo a previdência social que por meio de suas reformas retiram ou modificam direitos dos segurados. No entanto, outra grande parte dos problemas sociais não guardam relação com os serviços e benefícios garantidos pelo sistema de Seguridade Social, como por exemplo os graves problemas que envolvem a educação, a segurança e a moradia.

Diante deste quadro, para que se possa atingir um melhor grau de efetividade dos direitos da Seguridade Social na redução das desigualdades, é necessário um estudo dos objetivos constitucionais resguardados às ordens econômica e social.

O presente trabalho busca demonstrar o quais o pontos de intercessão das ordens econômica e social e qual a sua relação na redução das desigualdades sociais. Para tanto, divide-se em três partes, além da introdução e da conclusão.

Na primeira, serão abordados os princípios fundamentais expressamente previstos na Constituição federal de 1988 (CF/88) diretamente ligados ao objeto do trabalho. O argumento é o de que o Título I do texto constitucional reúne as escolhas políticas mais importantes do constituinte originário, materializadas em dispositivos que apresentam os fundamentos, os objetivos e as diretrizes que regem a ação da República Federativa do Brasil. Assim,

seu conteúdo serve como elemento unificador e sistematizador do restante da constituição.

Na segunda parte, serão apresentadas a base normativa e os objetivos da inserção da ordem social como preocupação constitucional, a partir da constatação que o constituinte originário inovou ao incluir tais normas no corpo permanente da CF/88.

Na terceira parte será analisado o papel da seguridade social como mecanismo imprescindível para a redução das desigualdades. Parte-se da constatação de que as diferenças sociais decorrem da ação ou da inação de governos e particulares. Assim, sua redução exige políticas públicas, com vistas a promover como mudanças estruturais na forma pela qual as sociedades distribuem renda e riqueza.

2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO MARCO JURÍDICO PARA ATUAÇÃO DO ESTADO E DA SOCIEDADE BRASILEIRAS

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) inicia sua parte normativa com um conjunto de dispositivos, reunidos no Título I, denominado “Princípios Fundamentais”. Tais preceitos veiculam as escolhas políticas mais importantes feitas pela última assembleia nacional constituinte brasileira. Desse modo, indicam de modo expreso os fundamentos, os objetivos e os regras básicas que devem reger as todas atividades da República Federativa do Brasil e do povo brasileiro, no âmbito nacional e internacional.

Dado seu conteúdo, não é exagero afirmar que toda a CF/88 poderia estar condensada em seu Título I, caso o constituinte originário tivesse optado por um texto sintético. As assim chamadas cláusulas pétreas, as quais estão protegidas contra

emendas constitucionais tendentes a abolir, é ilustrativo: tanto a forma federativa de Estado, quanto a separação de poderes, os direitos e garantias fundamentais e o voto direto, secreto, universal e periódico poderiam ser extraídos dos artigos primeiro e segundo do texto constitucional. Igualmente, não é demasiado afirmar que todos os demais dispositivos são confirmações e detalhamento do conteúdo dos artigos iniciais da CF/88.

Sendo um texto analítico, uma das consequências da existência de um conjunto de princípios fundamentais, com *status* de direito positivo e segregado das outras partes da constituição, é o reconhecimento de seu caráter irradiante, vinculante, sistematizador e integrador de toda a constituição.⁴ Desse modo, o “ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins” (BARROSO, 2006, p. 151).

Os princípios fundamentais são, portanto, “as dimensões normativo-materiais fundamentais da Constituição, o húmus fecundo de que se alimenta todo o projeto constitucional” (PEIXINHO, 2003, p. 136). Representam verdadeiras normas-síntese, “cuja relevância consiste essencialmente na integração das normas de que são súmulas, ou que as desenvolvem, mas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, como as que contêm os princípios da soberania popular e da separação de poderes (arts. 1º, parágrafo único, e 2º)” (SILVA, 2015, p. 98). Ou, conforme Barroso (2006):

4 “Os princípios constitucionais fundamentais ocupam o mais alto posto na escala normativa. Dirigem a missão de interpretação e integração do direito, indicam onde o direito se localiza e de onde procede. Transformam-se no alfa e no ômega do ordenamento jurídico. Os princípios fundamentais se identificam com os valores supremos previstos em todas as constituições, expressos em valores culturais, poéticos que se traduzem nas intenções que formam o núcleo material da Constituição” (PEIXINHO, 2003, p. 136. Grifado).

Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas empresta Carl Schmitt. Constituem, como afirmam Canotilho e Vital Moreira, ‘síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas’. São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo ao que referimos anteriormente como princípios constitucionais de organização. Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc.

Esses princípios constitucionais fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando **desdobramentos em outros princípios** e em ampla integração infraconstitucional (BARROSO, 2006, p. 155).

Embora se possa afirmar que exista hierarquia axiológica entre os princípios fundamentais e as demais normas da CF/88, tal entendimento não respalda a possibilidade de controle de constitucionalidade de dispositivos constitucionais originais,⁵ pois

5 “Em relação à Constituição brasileira de 1988, Ivo Dantas classifica-os, em ordem decrescente, em princípios fundamentais > princípios gerais > princípios setoriais. Fundamentais são os princípios insculpidos nos arts. 1º ao 4º: ‘Tais

“no Texto produzido pelo constituinte originário não se deve cogitar de norma inconstitucional, em face do princípio da unidade conformadora da Constituição, podendo, sim, aqui, verificar-se antinomia ou tensão” (LIMA, 2001, p. 145). Nesse caso, havendo conflito entre regras constitucionais ou colisão entre princípios originários, a solução deve ser dada pelas diretrizes básicas da teoria geral do direito aplicadas à interpretação constitucional, incluindo as técnicas da ponderação ou sopesamento,⁶ próprias da assim chamada teoria dos princípios.⁷

De todo modo, os processos de elaboração de normas infraconstitucionais, de construção e de implementação de políticas públicas, que visam à concretização de direitos fundamentais, e mesmo a interpretação de todos os demais preceitos da CF/88, devem ter em consideração seu Título I. Devem, pois, levar em conta os fundamentos e os objetivos expressamente estabelecidos para a República Federativa do Brasil.

Trata-se do reconhecimento de que a CF/88 não é um amontoado de artigos soltos, mas um conjunto de princípios e regras que refletem valores e que são organizados sob a forma de um sistema aberto e não um sistema fechado, supostamente

princípios se encontram acima das demais matérias que compõem o próprio texto constitucional, sobre estas exercendo uma força vinculante, sobretudo, no instante do exercício interpretativo’. Admitindo essa vinculatoriedade hierárquica dos princípios fundamentais em relação aos demais, advém como consequência a aceitação de que é possível a existência de normas constitucionais inconstitucionais. E é sob esse argumento que o ilustre jurista admite essa tese” (LIMA, 2001, p. 144-145).

6 A bibliografia sobre o tema é extensa e há diversos critérios utilizados para a solução de conflito de regras e colisão de princípios. No entanto, o detalhamento de tais critérios foge ao escopo deste trabalho.

7 “A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições” (BONAVIDES, 2013, p. 291).

autossuficiente e isolado de influências estranhas ao que seria uma ciência pura do direito (FREITAS, 2010, p. 33).

Ressalte-se que essa abertura se mostra ainda mais importante quando se trata de direitos fundamentais relativos à ordem social, incluindo prestações de seguridade social, as quais dependem da elaboração e implementação de prestações do poder público, trabalho este que exige constante diálogo entre diversos segmentos sociais e conhecimentos multidisciplinares para gerarem resultados concretos, tempestivos e úteis.

Fixadas as premissas, a interpretação e aplicação de todos os preceitos constitucionais devem refletir a essência dos princípios fundamentais, tomados isoladamente e em conjunto, de modo que se possa garantir sintonia com os bases fundantes e os objetivos que regem a República Federativa do Brasil.

O presente trabalho não abordará todos os princípios fundamentais. De todos, serão destacados seis, os quais têm vínculo direto com as normas relativas à ordem social em geral com a seguridade social, em particular, a saber: 1) o princípio do Estado Democrático de Direito (artigo 1º); os fundamentos relativos 2) à cidadania (artigo 1º, II); 3) à dignidade humana (artigo 1º, III); 4) aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV); os objetivos 5) de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I) e 6) de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III).

O artigo 1º da CF/88 enuncia que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”. No contexto da elaboração do texto constitucional, no começo da Nova República, após a transição de um regime ditatorial para governos democráticos, a afirmação de que o Brasil passaria a ser um Estado

vinculado ao direito e à democracia tinha (e continua a ter) uma forte carga valorativa, simbólica e jurídica.

Valorativa, no sentido de reforçar o compromisso do processo de redemocratização com preceitos muito caros aos países ocidentais, como o *rule of law*. A forte simbologia advinha da tentativa de ruptura e de desvinculação ao período anterior, em que eleições diretas e periódicas não eram a regra, em que eram comuns reclamações de graves violações de direitos humanos por agentes estatais e havia censura institucionalizada em face de meios de comunicação, a manifestações artísticas, culturais e mesmo pesquisas científicas (SCHWARCZ, STARLING, 2015, p. 464).

Nesse sentido, a CF/88 aproximou-se da Constituição da República Portuguesa, aprovada em 1976 após o fim dos governos de António Salazar e de Marcelo Caetano, no contexto da Revolução dos Cravos (GOUVEIA, 2013, p. 451-452). Igualmente, aproximou-se da Constituição Espanhola, de 1978, promulgada após o fim do governo de Francisco Franco, “*que había dirigido con mano de hierro un régimen completamente identificado con él mismo (...) durante la larguísima dictadura que había sucedido a la Guerra Civil que comenzó em 1936*” (VALDÉS, 2011, p. 35-36).

Observe-se que o texto constitucional português foi aprovado com um título inicial denominado “princípios fundamentais”. Entre eles, há um segundo o qual a República Portuguesa é um Estado de direito democrático. Nesse ponto, ressalte-se, influenciou a elaboração do texto brasileiro de 1988 (MIRANDA, 2008, p. 160).

Em sentido jurídico, ao se apresentar como “democrático de direito”, um Estado traz para si uma série de limitações, compromissos e vinculações (CANOTILHO, 2003, p. 243-244). Entre os quais, o necessário respeito ao devido processo legal (substancial e procedimental), à segurança jurídica (a

incluir a proteção da confiança e a proibição de retrocesso), à vedação de proibição insuficiente dos direitos fundamentais e à proibição de excesso (ou o princípio/postulado da razoabilidade proporcionalidade). Todos esses preceitos, e muitos outros, decorrem do simples fato de a República Federativa do Brasil se proclamar um Estado Democrático de Direito. Essa declaração não é destituída de efeitos jurídicos e exerce impacto direto na concretização da ordem social e dos preceitos da seguridade social.

Além de ser um Estado Democrático de Direito, a República Federativa do Brasil tem a cidadania como um de seus fundamentos. Nesse contexto, esse compromisso não se resume ao reconhecimento e tutela de regras de nacionalidade ou o mero exercício da cidadania política, que consiste nos direitos de votar, ser votado e de ter acesso às informações de caráter público que permitam a formação de opiniões de cunho político-partidário.

Como escolha política fundamental, a promoção da cidadania apresenta um caráter mais amplo. Ser cidadão, na plenitude do termo, significa não apenas participar do processo político, mas também ter garantidas as condições materiais mínimas para o livre desenvolvimento, de modo a que a cada pessoa sejam asseguradas condições de competir e de exercer todas as suas potencialidades.

Em outras palavras, ser cidadão pressupõe a existência, garantida pela ação governamental, de condições mínimas de existência. Nesse sentido, visando ao exercício da cidadania, por meio da efetiva liberdade, Sen (2010), enumera cinco categorias necessárias:

São eles: (1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetora. **Cada um desses tipos distintos de direitos e oportunidades**

ajuda a promover a capacidade geral de uma pessoa. Eles podem ainda atuar complementando-se mutuamente. As políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas mas inter-relacionadas. (...) Na visão do “desenvolvimento como liberdade”, as liberdades instrumentais ligam-se umas às outras e contribuem com o aumento da liberdade humana em geral (SEN, 2010, p. 25).

Em suma, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a cidadania pressupõe, conforme Amartya Sen, o pleno exercício das liberdades políticas, o acesso a facilidades econômicas e a oportunidades sociais, bem como a garantia de transparência e a promoção de segurança social e jurídica.

Além da cidadania, a dignidade da pessoa humana é outro princípio fundamental. Com efeito, qualquer ação do Estado brasileiro, e mesmo dos particulares, deve respeitar e promover esse preceito normativo.

Em trabalhos precursores e inovadores, publicados ainda nos anos 1990, dois autores piauienses debateram o possível caráter absoluto da dignidade da pessoa humana. Santos (1999, p. 94-95), posicionou-se no sentido de que seria inviolável e deveria prevalecer no conflito com qualquer outro princípio. Farias (2000, p. 57), por sua vez, expôs que não seria possível haver direito ou princípio de caráter absoluto, nem mesmo o da dignidade da pessoa humana, devendo-se haver a compatibilização com as demais normas constitucionais.

Após esses estudos, muito se publicou sobre o tema e esse princípio vem sendo utilizado para justificar inclusive posições

antagônicas em processos judiciais. No entanto, é importante ressaltar que, em termos de direito positivo e sem reduzir sua importância, a proteção da dignidade é mais um entre os cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Nesse sentido, inclusive por esse critério, não é possível afirmar que a dignidade humana, independentemente do conteúdo atribuído, tenha caráter absoluto e deva necessariamente prevalecer quando em colisão com qualquer outro princípio ou direito.⁸

Trabalhos mais recentes tentam atribuir conteúdo jurídico menos impreciso a esse princípio. Sarlet (2012, p. 142-143) aponta a dignidade humana como elemento unificador e legitimador do conjunto de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, como critério limitador de leis restritivas de direitos fundamentais, tendo em vista que sua necessária presença, direta ou indireta, no núcleo essencial de qualquer direito constitucional. Barroso (2012) vai além e, mais do que um caráter instrumental de servir de barreira à restrição de direitos fundamentais, aponta um significado mínimo para o princípio da dignidade humana, de modo que julgadores possam fundamentar suas decisões de modo menos impreciso e mais seguro. Segundo afirma, uma pretensão ou um comportamento terá respaldo na dignidade humana se, simultaneamente: 1) apresentar um valor intrínseco; 2) promover

8 “Tentou-se incluir na Constituição o **direito a uma existência digna**. Esse conceito de existência digna consubstancia aspectos generosos de natureza material e moral; serviria para fundamentar o desligamento de equipamentos médico-hospitalares, nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente (mecanicamente), a prática da eutanásia, mas **trazia implícito algum risco como, por exemplo, autorizar a eliminação de alguém portador de deficiência de tal monta que se viesse a concluir que não teria uma existência humana digna**. Por esses riscos, talvez tenha sido melhor não acolher o conceito” (SILVA, 2015, p. 200-201. Grifado).

a autonomia da pessoa humana e 3) estiver de acordo com os valores comunitários. Reunidos os três requisitos, a conduta ou a pretensão estaria sob a tutela da princípio jurídico da dignidade humana (BARROSO, 2012, p. 72-98). Sarmento (2015), por sua vez, parte das premissas acima expostas e propõe algumas alterações. Com efeito, a norma em questão teria os seguintes componentes: valor intrínseco, igualdade, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento, que “que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições.” Por fim, Barcellos (2008, p. 289-333) apresenta caracterização relativamente simples e objetiva: promover a dignidade humana corresponde a garantir o mínimo existencial. A autora parte do pressuposto de que esse mínimo assegura a autonomia individual necessária para que cada indivíduo tenha a liberdade para fazer suas escolhas ao longo da vida. Em outras palavras, por meio da ação estatal, reforça-se a autonomia individual, que é justamente o ponto de convergência, a partir da filosofia de Kant, de todos os que abordam o tema. Em suma, o cumprimento do mínimo existencial e, por conseguinte, a dignidade humana, deve ser garantido por meio das seguintes políticas públicas de: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça (BARCELLOS, 2008, p. 288).

Do exposto, constata-se que a dignidade humana, enquanto princípio fundamental pautado em valores intrínsecos e na autonomia pessoal, está vinculada à realização dos direitos fundamentais (VIEIRA, 2017, p. 60). A efetivação de seu conteúdo está diretamente relacionada à ordem social e à seguridade social. Principalmente quando se trata do mínimo existencial, prestações de saúde, de educação, de assistência social e do acesso à justiça enquanto política pública, que assegura o direito a ter direitos (BARCELLOS, 2008).

Além da promoção da dignidade humana, a República Federativa do Brasil tem como outro de seus fundamentos a conciliação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Considerando que a CF/88 foi elaborada nos anos finais da Guerra Fria, esse preceito simboliza o compromisso de construir soluções para o desenvolvimento econômico e social que afastem a predominância de qualquer dos extremos do espectro político e econômico. A explicação de Canotilho (2003), para o caráter compromissório da Constituição Portuguesa de 1976, aplica-se ao caso brasileiro em geral e, especialmente, no que toca ao relacionamento entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

Numa sociedade plural e complexa, a constituição é sempre um produto do “pacto” entre forças políticas e sociais. Através da “barganha” e de “argumentação”, de “convergências” e “diferenças”, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um **compromisso constitucional** ou, se preferirmos, a vários “compromissos constitucionais”. **O caráter compromissório da Constituição de 1976 representa uma força e não uma debilidade.** Mesmo quando se tratava de “conflitos profundos” (*deep conflict*), houve a possibilidade de se chegar a bases normativas razoáveis. (CANOTILHO, 2003, p. 218. Grifado).

No Brasil, diante do compromisso solene, materializado na forma de princípio fundamental, não é constitucionalmente adequada a implementação de propostas libertárias⁹ de condução

⁹ “Os libertários defendem os mercados livres e se opõem à regulamentação do

de política econômica, sem qualquer suporte social aos que não possam competir em igualdade de condições. Por sua vez, ficam também afastadas quaisquer projetos de cunho socializante, que venham a desconsiderar a relevância da liberdade individual, da livre iniciativa e da propriedade privada como direitos fundamentais.

Nesse sentido, a própria existência na CF/88 do detalhamento normas sobre a ordem social e a previsão de mecanismos de seguridade social são exemplos concretos desse compromisso. Assim, a interpretação e a construção de políticas públicas nessas áreas devem necessariamente estar em sintonia com os princípios fundamentais. Inclusive e principalmente o que estabelece a conciliação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV).

Além dos princípios acima, serão abordados pelo menos dois objetivos que regem a atuação do Estado brasileiro e que tocam diretamente à ordem social e à seguridade social.

Nos termos do artigo 3º, I, da CF/88, a República Federativa do Brasil tem por objetivo, entre outros, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Não é tarefa fácil definir, em abstrato, o que venha a ser “liberdade”, “justiça” e “solidariedade”. São termos que comportam diversos significados e que, a depender mesmo da ideologia de cada intérprete, pode levar a soluções antagônicas para cada problema.

governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana. Sua alegação principal é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade – temos o direito de fazer o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos os direitos dos outros de fazer o mesmo. (...) **Na década de 1980, as ideias libertárias encontraram proeminente expressão na retórica antigovernamental e pró-mercado de Ronald Reagan e Margaret Thatcher**” (SANDEL, 2012, p. 78;80. Grifado).

Em todo caso, a melhor interpretação para este objetivo fundamental requer aportes da Filosofia Política, principalmente os trabalhos produzidos após a obra de John Rawls, iniciada nos anos 1960 e 1970. Este autor reacendeu o debate de cunho contratualista, na linha de Locke, Rousseau e Kant como contraponto às teorias intuicionistas e utilitaristas acerca das bases de uma sociedade justa (RAWLS, 2008, p. 13-14; GARGARELLA, 2008, p. 02).

Nesse sentido, apresentou uma premissa lógica (a chamada “posição original” e o “véu de ignorância”) e propôs princípios de justiça, cujo conjunto foi denominado de “justiça como equidade” e, posteriormente, de “liberalismo igualitário”. O objetivo era o de tentar conciliar, de modo equilibrado, os valores da liberdade e da igualdade, e compensar critérios (ínatos ou construídos) que pudessem vir a, de modo arbitrário, favorecer ou prejudicar os membros de uma sociedade. Trata-se, portanto, de uma relevante base filosófica e política para justificar o dever constitucional de solidariedade social.

O objeto do presente trabalho não permite detalhar e aprofundar as ideias de Rawls ou mesmo qualquer outra abordagem de Filosofia Política. De todo modo, a obra de John Rawls teve impacto em diversos países ao longo de décadas e foi objeto de críticas oriundas de tanto de segmentos conservadores (como Robert Nozick) e quanto progressistas (como Amartya Sen e Michael Sandel), o que o levou à constante revisão e aperfeiçoamento de sua obra ao longo do tempo (GARGARELLA, 2008, p. 223-2240. Grifado). Em suma, a própria redação do dispositivo constitucional, materializando outro exemplo de solução de compromisso, indica a influência direta ou indireta das preocupações de John Rawls.

Qualquer debate jurídico acerca do papel do Estado, da ordem social, da seguridade social e da construção de políticas

públicas deve partir da interpretação sistemática a partir dos os princípios fundamentais e especialmente com o objetivo expresso no artigo 3º, I, da CF/88. Por sua vez, o trabalho interpretativo deve ter em conta aportes da Filosofia Política sobre os requisitos de uma sociedade justa e que prime pela liberdade e pela solidariedade.

Por fim, mas não menos importante para os objetivos deste trabalho, é o conteúdo do artigo 3º, III, da CF/88, segundo o qual a República Federativa do Brasil tem por objetivo erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Trata-se de meta que, mesmo que não houvesse previsão expressa, está por trás de todo e qualquer ordenamento jurídico que, sofrendo com os efeitos da pobreza, da marginalização e da desigualdade, tenha compromisso com o bem-estar de toda a sua população.

Diferenças econômicas são resultado da vida em sociedade e do modo como a riqueza produzida é distribuída. Ao longo do tempo, as desigualdades aumentam ou diminuem, muitas vezes como resultado de guerras, revoluções, colapsos governamentais ou pandemias (SCHEIDEL, 2020). Em verdade, são conceitos relativos, no sentido de que dependem de parâmetros de comparação. A pobreza, por exemplo, requer metodologia específica para sua mensuração e comparação e há muitos desacordos conceituais quanto a esse ponto (ATKINSON, 2019, p. 58;210).

Como as pessoas sempre estão em momentos e em condições distintas de vida, algum nível de desigualdade é inerente à condição humana. Com efeito, a “ideia de igualdade [absoluta] é contrariada por diversidades de dois tipos distintos: (1) a heterogeneidade básica dos seres humanos, e (2) a multiplicidade de variáveis em cujos termos a igualdade pode ser julgada” (SEN, 2001, p. 29).

De todo modo, a pobreza e a desigualdade estão em crescimento em vários países. Nos últimos anos importantes trabalhos¹⁰ e relatórios oficiais de entidades e organismos nacionais e internacionais indicam essa realidade. Os efeitos da pandemia de Covid-19 apontam igualmente para o recrudescimento das diferenças econômicas e sociais no futuro próximo.

Nesse contexto, o disposto no artigo 3º, III, da CF/88 aumenta sua importância. Mais do que a mera igualdade formal, quando da aplicação da lei, a busca pela redução e compensação de desigualdades fáticas deve ser estar na pauta de cada ação da República Federativa do Brasil. Principalmente, na conjuntura atual, no que tange à redução dos efeitos da crise sanitária, que impactam de modo distinto os variados segmentos da sociedade.

Em todo caso, é importante ressaltar que o dever jurídico estabelecido no texto constitucional não é necessariamente o de eliminar todas as desigualdades e garantir a todas as pessoas o mesmo padrão de resultados econômicos e sociais. Isso violaria outros princípios igualmente fundamentais. A meta está sim na busca constante pela erradicação das causas da pobreza e da marginalização, de modo a haja efetiva redução das desigualdades que delas decorrem. Essa é a essência do dispositivo em questão. E isso vale tanto para a desigualdade entre pessoas e grupos sociais, como também para a desigualdade, no plano das relações federativas entre cidades, estados e regiões brasileiras.

10 PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014; STIGLITZ, Joseph E. **O preço da desigualdade**. Lisboa: Bertrand, 2016. DEATON, Angus. **A grande saída: saúde, riqueza e as origens da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017; MILANOVIC, Branko. **Global inequality: a new approach for the age of globalization**. Cambridge: Belknap Harvard, 2016; ATKINSON, Anthony B.. **Desigualdade: o que pode ser feito?** São Paulo: Leya, 2015; SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. **Uma história da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil (1926-2013)**. São Paulo: Hucitec, 2018.

3 A BASE E O OBJETIVO DA ORDEM SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a instituir no Brasil o Sistema da Seguridade Social, criando ações no campo social divididas em três pilares de sustentação: saúde, assistência social e previdência social, conforme disciplina o artigo 194 da Constituição Federal de 1988.

O mesmo artigo 194 da Constituição Federal de 1988 define o papel estrutural da seguridade social ao determinar a parceria entre o poder público e a sociedade. Na prática, essa parceria reserva ao poder público a prerrogativa de estruturar e criar as entidades que viabilizem a garantia dos direitos sociais. À sociedade restou o papel de financiar a seguridade social através de contribuições incidentes sobre a folha de salário, lucro, receita, faturamento, concurso de prognósticos e importação (ARAÚJO NETO, 2020, p. 37.). Neste sentido, Duarte (2008) associa as contribuições à finalidade da seguridade social, assim:

A finalidade principal da Seguridade Social é a cobertura dos riscos sociais, o amparo social mantido por receita tributária ou assemelhada. Sua instituição deve-se ao fato de o homem ter percebido sua impotência frente aos encargos produzidos pelos riscos sociais, ainda que protegido pelo núcleo familiar (DUARTE, 2008, p. 23).

Com relação aos alicerces da Seguridade Social, a saúde possui caráter universal, não é compulsória e nem contributiva, constituindo direito de todos e dever do Estado. É dessa forma que os artigos 196 a 200, da Constituição Federal de 1988, apresentam o primeiro pilar de sustentação da seguridade social,

com características bem distintas da previdência social. A saúde, representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), possui, como diretrizes as ações e os serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único e descentralizado com direção em cada esfera de governo.

Outro pilar de sustentação da ordem social brasileira é a assistência social prevista no artigo 203 da Constituição Federal de 1988, a qual define que a assistência será prestada a quem dela necessitar, sendo dispensada qualquer contribuição e tem por objetivo: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Como está disposto no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, a previdência, diferentemente, da saúde e da assistência social, é compulsória e contributiva, e deve haver prévia contribuição para que exista, futuramente, uma contraprestação estatal.

Sob a designação genérica de seguridade social, o direito previdenciário estuda o inventário de mecanismos de proteção social, dos quais se vale o aparato normativo, a fim de, intervindo modeladoramente no mundo fenomênico, superar certas questões sociais.

No Brasil, a Seguridade Social encontra-se no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal de 1988, o qual destina-se à ordem social. Por isso, assim como as demais áreas da Ordem Social “têm como base o primado do trabalho, e como objetivo o

bem-estar e a justiça social”.¹¹

O valor do trabalho expressa-se no texto constitucional em seu artigo 1º, IV¹² e refere-se a base da seguridade social. Com relação aos objetivos, estes também possuem previsão constitucional e estão indicados no artigo 3º, I e III.¹³ Sobre o artigo 193 da Constituição Federal, Wagner Balera destaca que:

Há uma íntima conexão entre esse comando e a expressão contida no art. 1º, IV, da mesma Carta Magna. O trabalho, sobre ser um valor social fundamental na República (art. 1, IV) possui uma categoria superior aos demais valores que a Ordem Social salvaguarda. (BALERA, 1994, p. 1167).

A valorização do trabalho pela Ordem Social constitucional representa um binômio garantidor da existência e do funcionamento da previdência social.¹⁴ É da remuneração do trabalho que se podem extrair as contribuições para o financiamento da seguridade social (incluindo a previdência). E é também a partir do trabalho que se

11 Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho; e como objetivo, o bem-estar e a justiça social.

12 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

13 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

14 Segundo Daniel Pulino, o conceito de seguridade social no direito brasileiro possui direta relação com o primado do trabalho quando a define como um conjunto sistematizado, integrado, de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, tendo como base o primado do trabalho e como finalidade superar necessidades sociais para alcançar bem-estar e justiça social. (PULINO, 2001. p. 21).

analisam as situações de riscos sociais,¹⁵ nas quais o trabalhador pode incorrer para gerar um benefício ou serviço, como é o caso da aposentadoria por invalidez. A impossibilidade de exercer a atividade laboral caracteriza o elemento técnico para a percepção do benefício de aposentadoria.

Em outras palavras, é da valorização do trabalho que se extraem as situações de incapacidade laboral sujeitas à proteção do Estado. Com isso, a própria Constituição Federal garantiu um cuidado especial aos trabalhadores, resguardando o Capítulo II do Título VIII – Da Seguridade Social – para protegê-los das situações de redução ou supressão da capacidade laborativa.

Antes de adentrarmos nos objetivos, importa frisarmos que o trabalho não significa o fundamento apenas da Ordem Social. Não se aplica apenas à Seguridade Social, o trabalho também está presente nos fundamentos da Ordem Econômica,¹⁶ como destaca o artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Essa interseção entre a Ordem Econômica e a Ordem Social não se inaugurou pela Constituição Federal de 1988, e sim por outra

15 Normalmente, as necessidades individuais a cargo da seguridade social têm raízes econômicas: insuficiência de meios de vida acarretadas pela ausência ou escassez de recursos, isto é, de rendimentos do trabalho. A solução está, portanto, em suprir essa privação mediante a garantia pelo menos dos recursos mínimos indispensáveis: os recursos econômicos. Como em geral isto é feito por processo coletivo, comunitário, social, na realidade trata-se, em última análise, de soluções sociais para problemas econômicos. (LEITE, 2003. p. 13-35).

16 Sobre o tema Wagner BALERA defende, que, ao afirmarmos que o objetivo da Seguridade Social se confunde com o objetivo da Ordem Social (e, diga-se, igualmente, com o objetivo da Ordem Econômica, na voz do caput do art. 170), esse valor – a justiça social – uma vez concretizado, representa o modelo ideal de comunidade para qual tende a concretização constitucional do sistema. (BALERA, 2014. p. 27).

Constituição que remonta aos primórdios da história dos direitos sociais. No Brasil, a primeira Constituição a disciplinar os direitos sociais, inscrevendo-os no título sobre a Ordem Econômica e Social, foi a de 1934. Esta foi notavelmente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, responsável pela introdução de um novo espírito, de cunho social, nas constituições.

A título ilustrativo, não somente a valorização do trabalho mostra-se comum à Ordem Social e Econômica, mas “a redução das desigualdades regionais e sociais”¹⁷ também representa outro ponto de interseção de interesses econômicos e sociais.¹⁸

Para que seja possível atingir um modelo previdenciário ideal que garanta o bem-estar¹⁹ é necessária a compreensão do significado e do alcance da justiça social. Mostra-se comum o uso das expressões justiça social e justiça distributiva, ou justiça econômica, por manifestantes contra a globalização, que a invocam no intuito de apontar os males causados pelas grandes corporações e empresas multinacionais.

A concepção de justiça social ou distributiva no período pré-moderno (até o século XVIII) era bem distinta da concepção moderna (ou contemporânea). A análise do binômio “mérito/

17 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

18 Sobre o tema Raeffray destaca que o liame entre a ordem social e a ordem econômica e financeira, sob o prisma constitucional, está formado pela valorização do trabalho humano e pelo Bem-Estar Social que conduz à justiça social e à existência digna. (RAEFFRAY, 2011. p. 34.)

19 Wagner Balera define que o bem-estar se expressa através da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades, somente poderá ser atingido com o esforço e a cooperação de todos e de cada qual. Assim foi no passado, assim é no presente, assim será no futuro. (BALERA, 1998. p. 16).

necessidade” residiu no ponto de distinção entre as duas dimensões. Enquanto o princípio antigo estava relacionado à distribuição de acordo com o mérito, na concepção moderna, requer uma distribuição independentemente do mérito.

Não podemos olhar para as mudanças no significado de justiça social exclusivamente como uma forma de evolução do conceito (no sentido de aprimoramento). A justiça exprime uma adequação social, por isso implica em constates transformações.

Sobre o tema, Wagner Balera destaca:

Dizíamos, acima, que o arcabouço normativo se acha estruturado em torno de um conceito de justiça que não é vago e indefinido; algo que se situa num plano estratosférico ou extraterreno. Não! O conceito de justiça, notadamente o da justiça social é um *prius* ao qual estão subordinados diversos outros conceitos que, no direito positivo brasileiro, encontram guarida (BALERA, 2010, p. 40).

A própria previdência social é um exemplo disso. Se por ventura imaginarmos dois segurados, sendo que um contribuiu a vida toda sobre um salário mínimo e outro contribuiu, também pelo mesmo período, sobre o teto do salário de contribuição previdenciário, seria justo que ambos ganhassem a aposentadoria do mesmo valor? Ou justo seria se segundo segurado recebesse um benefício maior?

Aceitar como justo que o segundo ganhe um valor maior do que o primeiro implica na utilização do conceito de justiça social aristotélica, por garantir “honrarias” àquele que mais fez por merecer, ou seja, um valor maior de benefício àquele que mais contribuiu.

A alegoria acima indica que a ideia de justiça por mérito não está completamente ultrapassada, por mais que tenha havido

transformações no conceito de justiça desde a concepção de justiça distributiva / mérito para justiça distributiva / necessidade.

Essa construção mutante se alinha ao pensamento de Wagner Balera (2010, p. 42) quando define os objetivos da ordem social (bem-estar e justiça social) como algo transitivo, pois diante da exigência de padrão mínimo de desenvolvimento – que traduz, a nosso juízo, o ideal do bem-estar e da justiça social – se expressa, concretamente, na definição do mínimo de seguridade a que cada pessoa humana terá direito de aspirar.

Ocorre que esse mínimo será superado, certamente, a partir de novos paradigmas que, ao longo do tempo, a sociedade fixará, até que o desenvolvimento permita a existência única de relações sociais igualitárias e, por conseguinte, justas. Desta forma, o conceito de justiça social não poder vir a ser entendido como algo que valha para sempre.

Wagner Balera (2010, p. 23) destaca a Importância do bem-estar e justiça para o sistema constitucional ao afirmar que a interpretação dos dispositivos da Norma Magna demonstra o fio condutor do arcabouço normativo. Os valores funcionam (melhor dizendo: devem funcionar) como vetores que conduzem o tema ao único campo exegético dentro do qual o mesmo atingirá sua potencialidade máxima. O bem-estar, enfrenado com a justiça, é o valor dotado de potencial suficiente para transformar as situações sócias identificadas pelo constituinte.

Portanto, esses valores – bem-estar e justiça – representam o centro de gravidade de todo o sistema constitucional no campo social.

4 SEGURIDADE SOCIAL NO CONTEXTO DE DESIGUALDADE SOCIAL

Como descrito no início do texto, não somente a valorização do trabalho mostra-se como objetivo comum da Ordem Social e Econômica, mas “a redução das desigualdades regionais e sociais”²⁰ também representa outro ponto de interseção de interesses econômicos e sociais, unificados a partir da sistematização prevista nos princípios fundamentais da CF/88.

A questão da desigualdade social no Brasil é algo grave. Entre 2014 e 2018, a renda dos 5% mais pobres no Brasil caiu 39%. Nesse mesmo período, o país registrou um aumento de 67% na população que vive na extrema pobreza (FORTE, 2020).

Essa história faz do Brasil o sétimo país mais desigual do mundo, segundo o último relatório divulgado pelo Pnud (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), ficando atrás apenas de nações do continente africano, como África do Sul, Namíbia, Zâmbia, República Centro-Africana, Lesoto e Moçambique. O levantamento tem como base o coeficiente *Gini*, que mede desigualdade e distribuição de renda (FORTE, 2020).

Desigualdades sociais não são inevitáveis. São, antes, produto da ação ou inação de governos e empresas ao longo da história, em benefício de poucos indivíduos com muito poder. Desta forma, seu combate também exige políticas sustentadas ao longo do tempo, levadas a cabo por sucessivos governos, bem como mudanças estruturais na forma pela qual as sociedades distribuem

20 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

renda e riqueza. São diversos os fatores que explicam a situação de desigualdade extrema no Brasil. Nossa bagagem histórica de quase quatro séculos de escravidão e nosso largo passado colonial criaram profundas clivagens entre regiões, pobres e ricos, negros e brancos, mulheres e homens. Tal distanciamento marcou a forma com a qual organizamos nossa sociedade, nossa economia e nosso Estado, diminuindo sua capacidade redistributiva. Em outras palavras, não só nossa economia beneficia poucos, mas também nosso Estado e nossa organização social contribuem para perpetuar desigualdades (OXFAM BRASIL, 2017, p. 17).

Não obstante termos logrado avanços importantes nas últimas décadas, são ainda frágeis as políticas de combate à pobreza e à desigualdade. A maior parte da riqueza produzida no País tem sido apropriada por poucos, regra que se manteve mesmo nos anos de pleno emprego. (MEDEIROS; CASTRO, 2015, p. 971-986). Em 2015, a pobreza voltou a crescer, quebrando uma sequência de cerca de dez anos de queda contínua. Esta situação tenderá a se exacerbar a partir do atual contexto, em que reformas radicais que retiram direitos e medidas de austeridade orçamentária são empurradas à revelia da opinião pública.

Estima-se que o efeito da previdência seja de incremento da renda familiar (ABRAHÃO; MOSTAFA; SOUZA, 2011). Isto ocorre por conta da alta progressividade do RGPS, que beneficia a maioria dos brasileiros nas cidades e no campo

Contudo, houve uma tendência geral de aumento da progressividade do gasto previdenciário ao longo dos anos, e seu efeito sobre a redução de desigualdades é relevante. Mudanças nessa política social devem buscar o aumento da progressividade do gasto, e reconhecer a sua importância na garantia da renda familiar e na própria economia – sem retrocesso neste sentido (IPEA, 2015).

No caso de programas de assistência social, eles são altamente progressivos, mas são mais importantes no combate à pobreza que às desigualdades. O Programa Bolsa Família, por exemplo, cresceu em importância nos últimos 15 anos, tanto pelo aumento da sua cobertura quanto pelo seu efeito progressivo – 80% dos benefícios são apropriados pelos 40% mais pobres do Brasil. É um recurso que sustenta cerca de 20% da renda dos 10% mais pobres, portanto é fundamental para a redução da pobreza no País. Seu custo representa, hoje, 0,5% do PIB, muito baixo comparativamente a outros programas. Contudo, dado que o benefício distribuído por família é relativamente baixo, ele não deve ser visto como uma solução para a redução das desigualdades de renda no Brasil (OXFAM BRASIL, 2017, p. 56).

Diante deste quadro social, a ordem social e a ordem econômica ganham relevante papel. A separação das ordens no texto constitucional de 1988 não significa, em hipótese alguma, uma separação dos seus objetivos ou até mesmo uma assunção de posicionamento antagônico, muito pelo contrário.

A valorização do trabalho, redução das desigualdades regionais e a justiça social são pontos de intercessão entre estas ordens que devem guiar toda a estrutura econômica e social.

A seguridade social não tem como finalidade resolver todas as mazelas sociais do Brasil, seus recursos e áreas de atuação são limitados. A seguridade social representa atuações estatais nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, não possuindo atuação em outras áreas vitais para a redução das desigualdades como educação, segurança e moradia.

Sobre esse pensamento, Horvath Jr. defende que a Seguridade Social é um sistema em que o Estado busca garantir a “libertação da necessidade”. A adoção pura e simples do critério finalístico e da libertação social acarreta uma distorção da real

finalidade da Seguridade Social, o sistema trabalha com necessidades previamente selecionadas. Somente para exemplificar a distorção do conceito sem a limitação das necessidades sociais, estariam englobadas dentro da seguridade social a formação profissional, a emigração, o controle de preços, a legislação do inquilinato, dentre outros (HORVATH JR., 2012, p. 113-114).

Dessa forma ocorre um deslocamento das funções típicas do Estado para o conceito de Seguridade, extrapolando os limites do princípio da solidariedade, uma vez que a Seguridade Social é a forma que o Estado tem de assegurar aos cidadãos uma tutela de base que cubra suas necessidades essenciais.

A Seguridade Social é, pois, apenas uma parte da luta contra os cinco gigantes do mal: contra a miséria física, que o interessa diretamente; contra a doença, que é, muitas vezes, causadora da miséria e que produz ainda muitos males; contra a ignorância, que nenhuma democracia pode tolerar nos seus cidadãos; contra a imundície, que decorre principalmente da distribuição irracional das indústrias e da população; e contra a ociosidade, que destrói a riqueza e corrompe os homens, estejam eles bem ou mal nutridos. Mostrando que a seguridade, pode combinar-se com a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo pela sua própria vida (BEVERIDGE, 1943, p. 282).

Por outro lado, uma visão puramente econômica também não resolver os graves problemas sociais do país, uma vez que o crescimento econômico não significa diretamente diminuição das desigualdades sociais.

Tome de exemplo a teoria econômica *trickle-down* que é bastante difundida, defende a crença de que, quando os ricos têm mais dinheiro à sua disposição, investem mais e geram renda para outras pessoas, sendo a adoção de políticas que

estimulam a desigualdade necessárias para o crescimento das atividades econômicas. No entanto, como esclarece Larry Bartels as pesquisadores que estudaram a relação entre desigualdade e crescimento econômico encontraram poucas evidências desse nexo de causalidade (RIBEIRO, 2019. p. 145).

Por outro lado é importante destacar também que os altos índices de desigualdade causam igualmente a ineficiência econômica, seja em relação às imperfeições que geram no mercado, seja pela instabilidade política e social que provocam (RIBEIRO, 2019. p. 145).

Dessa forma, a crescente disparidade da renda não é apenas um desastre para os pobres, como também para os ricos. Como nos revela a visita a qualquer bairro pobre dos países em desenvolvimento, a pobreza gera famílias destruídas, crime e organizações criminosas, mendigos, imigração em massa, movimentos de protesto social e falência do Estado Social. Enquanto isso, aqueles que escaparam à pobreza são obrigados a viver em condomínios fechados, em casas com muros muito altos, mantendo até mesmo a sua própria milícia (KOTLER, 2015. p. 58-59).

Diante da ineficiência estatal e dos novos riscos sociais²¹ impostos por uma sociedade pós-moderna embalada por efeitos de magnitude global, Wagner Balera (2012, p. 174) bem define o posicionamento da efetividade dos direitos sociais no Brasil quando afirma: “o Brasil é o

21 O risco social possui a mesma problemática da justiça social, no que se refere ao uso das expressões “conceito” e “concepção”, propostas por Rawls e trabalhadas nas notas introdutórias deste capítulo. Aqui, enfatizaremos as “concepções” do risco social, principalmente no que se refere a sua ocorrência no plano coletivo – individual. Essa passagem não se refere a um corte abrupto, pois ainda possui resquícios dos riscos sociais da modernidade. Lyotard bem descreve esse momento como: “a passagem das coletividades sociais ao estágio de uma massa composta de átomos individuais lançados num absurdo movimento browniano” (LYOTARD, 2011. p. 28).

lugar no qual, ao mesmo tempo, ainda não foram implementados os rudimentos de um verdadeiro Estado de Bem-Estar e já se avizinha o risco global da universalização do desemprego”.²²

Por seu conteúdo potencialmente agressivo, o desemprego representa o maior risco social da sociedade pós-moderna, etapa que define o momento histórico que estamos atravessando. É sobretudo nesse sentido que se faz notar o perverso contraste entre necessidades e recursos: quanto maiores as primeiras, menores os segundos. Por outras palavras: as necessidades em geral decorrem principalmente de insuficiência de recursos (LEITE, 2003. p. 25).

O antídoto adequado para combater o risco social do desemprego é um bom exemplo do emprego simultâneo dos objetivos da ordem social e da ordem econômica na redução das desigualdades, vejamos.

Enquanto os serviços e benefícios da assistência social têm como destinatário principal os casos mais delicados de vulnerabilidade, ou seja, no casos em que de miséria e pobreza são mais presente, a previdência têm, essencialmente, como beneficiários aqueles que contribuíram com o regime, ou seja, aqueles que se apresentaram durante toda carência com disponibilidade de renda decorrente de emprego ou prestação de serviço.²³

22 A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário (BITTAR, 2008, p. 131-152).

23 Salvo os casos dos segurados facultativos que podem contribuir com a previdência sem que exerçam uma atividade remunerada.

O limbo entre aqueles que atualmente são assistidos por programas assistências e os que contribuem para a previdência, somente pode ser pavimentado caso exista um eficiente programa de geração de emprego garantido assim o oitavo princípio dos dentre aqueles listados no artigo 170 da Constituição Federal (Ordem Econômica) que consiste na “busca do pleno emprego”. Pois somente como trabalho será possível deixar a condição de cliente da assistência social para tornar-se contribuinte e segurado da previdência.

A saída da base assistencial para base previdenciária consiste em vantagens para todos os envolvidos (Estado e Sociedade), uma vez que ao deixar a base como assistido (assistência social) haveria uma direta redução dos gastos com os benefícios permitindo, portanto, aparelhar e ampliar o alcance dos programas assistências.

Com a saída da assistência social e o ingresso no mercado de trabalho, o indivíduo se tornaria um segurado da previdência além de contribuinte do sistema de seguridade social, ou seja, o sistema deixaria de ter um não financiador e imediato assistido para um imediato financiador e futuro beneficiário.

Como visto, a estrutura da Seguridade Social não permite que se regule, em sua plenitude, todas as deficiências sociais, no entanto, a atuação conjunta das ordens social e econômica apresenta-se como instrumento capaz de maximizar resultados na redução das desigualdades.

Destaca-se que não é somente o Estado que tem o papel de atuar na redução das desigualdades sociais, um outro ator é determinante nesse cenário: a sociedade, como bem determina o artigo 194 da Constituição Federal de 1988 quando afirma que “a seguridade é um conjunto de medidas de iniciativa do poder público e da sociedade”.

A redução das desigualdades sociais não pode ser fruto simplesmente, de programas de governo. Elas se dará a partir da mudança radical de perspectiva dos atores sociais. Exige, ao fim e ao cabo, que cada qual pratique a solidariedade com os demais.

Portanto, a tarefa da solidariedade é para além da dimensão da justiça, o que se espera é a modificação das atitudes, dos comportamentos. A solidariedade impõe atitudes de apoio, de atenção e de cuidados para com os outros. Evidentemente, tais atitudes afloram quase que de modo espontâneo nas grandes crises, como a que nestes dias o mundo atravessa (BALERA, 2010, p. 46-47).

5 CONCLUSÕES

O texto constitucional é claro em determinar que a Seguridade Social terá sua atuação adstrita aos ramos da saúde, assistência social e previdência social. Apesar de solucionar ou pelo menos abrandar muitos problemas ligados a essas áreas de atuação estatal, por uma imposição constitucional, a efetividade dos demais direitos sociais como a educação, segurança e moradia, não são objeto de atuação da Seguridade Social.

Além da questão constitucional limitadora de atuação, temos ainda a limitação orçamentária, uma vez que a Seguridade Social é financiada por contribuições sociais e por isso a arrecadação dos seus recursos estão vinculados às suas atividades, restringindo, portanto, a alocação dos recursos. Com isso, para que possamos atingir uma maior efetividade dos direitos sociais é necessário uma atuação conjunta das ordens social e econômica.

A proposta de atuação conjunta é fundamentada pelos pontos de intercessão entre as ordens constitucionais. O valorização do trabalho, a justiça social e a redução das desigualdades são

objetivos presentes em ambas as ordens e a efetivação destes objetivos implica na maximização da efetividade dos direitos sociais.

Compre ressaltar ainda que além da necessária e determinante atuação do Estado na redução das desigualdades sociais, a sociedade também possui importante papel deste cenário. A redução das desigualdades sociais não pode ser fruto simplesmente, de programas de governo. Elas se dará a partir da mudança radical de perspectiva dos atores sociais. Exige, ao fim e ao cabo, que cada qual pratique a solidariedade com os demais.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, J., MOSTAFA, J., SOUZA, P. H. **Gastos com a Política Social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda.** Ipea. 2011. Comunicado n. 75. Brasília.

ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. **Teoria geral do direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Editora GZ, 2020.

ATKINSON, Antony. **Measuring poverty around the world.** Princeton: Princeton University Press, 2019.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares do direito previdenciário.** 2. ed., São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Introdução à seguridade social. In: MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord). **Introdução ao Direito Previdenciário.** São Paulo: LTr, 1998.

_____. **O Valor Social do Trabalho.** Revista LTr, v. 58/10, p. 1167-1178, 1994.

_____. **Sistema de Seguridade Social.** 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

_____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Forum, 2012.

BEVERIDGE, William Henry. **Plano Beveridge.** Traduzido por Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

BITTAR, Eduardo C. B., O direito na pós-modernidade. **Revista Sequência**, v. 29, n. 57, p. 131-152, 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1471>. Acesso em: 04 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FORTE, Bárbara. **Por que o Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo?** Disponível em: < <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/02/20/por-que-brasil-e-o-setimo-pais-mais-desigual-do-mundo.htm?cmpid=copiaecola> > Acesso em 19.08.2020.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Traduzido por Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. Vol. I. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

HORVATH JR. Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

KOTLER. Philip. **Capitalismo em Confronto**. Rio de Janeiro: Best Business, 2015.

LEITE, Celso Barroso. Conceito de Seguridade Social. In: BALERA, Wagner (coord.). **Curso de Direito Previdenciário em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

IPEA. “Boletim de Políticas Sociais Número 23”. Capítulo 1: Previdência Social. 2015. Brasília.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

LIMA, Francisco Metom Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como “ser-moralmente-melhor”. Fortaleza: ABC, 2001.

MEDEIROS, M., SOUZA, P. H., CASTRO, F. A. 2015. “A estabilidade da desigualdade de renda no Brasil, 2006 a 2012: estimativa com dados do imposto de renda e pesquisas domiciliares”. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*, 20(4): 971-986.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988: uma constituição de esperança. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008. p. 155-164.

OXFAM Brasil, A distância que nos une: um retrato das desigualdades brasileiras, 2017.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **O bem-estar social e o direito de patentes na seguridade social**. São Paulo: Conceito, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzido por Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Desigualdade e tributação na era da austeridade seletiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da justiça**. 2. ed. Traduzido por Carlos E. Pacheco Amaral. Lisboa: Fundação

Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Traduzido por Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.**

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada.** Traduzido por Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. **Desenvolvimento como liberdade.** Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHEIDEL, Walter. **Violência e a história da desigualdade: da idade da pedra ao século XXI.** Traduzido por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

SCHWARCZ, Lília M.; STARLING, Heloísa M.. **Brasil: uma biografia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **La constitución de 1978.** 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA PRIVADA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS: IMPASSES E CONTRADIÇÕES

Robertônio Pessoa¹

Resumo: o artigo aborda a questão do crescente avanço da exploração econômica privada nos serviços públicos essenciais, em especial no contexto das chamadas parcerias público-privadas. São examinadas as contradições existentes nas promessas de eficiência ligadas à transposição da concorrência e de modelos de gestão privada para esta categoria de serviços, vinculados à concretização de direitos fundamentais. Abordam-se, de maneira especial, os casos de serviços de saúde e saneamento básico.

Palavras-chaves: serviços públicos essenciais; parcerias público-privadas; universalização; eficiência.

Abstract: the article addresses the question of the growing advance of private economic exploitation in essential public services, especially in the context of the so-called public-private partnerships. The contradictions that exist in the promises of efficiency linked to the transposition of competition and private management models for this category of services are examined, linked to the realization of fundamental rights. Health services and basic sanitation are

¹ Doutor em Direito Administrativo pela UFPE; Professor Titular de Direito da UFPI; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFPI; Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas. Membro da Comissão de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB.

dealt with in a special way.

Keywords: essential public services; Public-Private Partnerships; universalization; efficiency.

1 AVANÇO DA EXPLORAÇÃO PRIVADA DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS EM PARCERIAS COM O ESTADO

Assiste-se hoje a um avanço das práticas de gestão e exploração privadas sobre serviços públicos, mesmo sobre aqueles que, pelo menos segundo parte significativa da doutrina publicista, são considerados essenciais, e, portanto, postos sob a titularidade do Estado como principal sujeito responsável pela sua adequada prestação à sociedade. Assim, saúde, educação e saneamento básico foram se constituindo, progressivamente, em áreas de investimento privado, geridos segundo logics de mercado em parcerias de diversos tipos com o Estado, sob o argumento que tal encaminhamento seria a única forma de se estimular a competitividade e a eficiência, além de ser a forma mais recomendada para o alcance da tão desejada universalização de tais serviços. Essa retórica chegou a um tal nível que Élica Graziane (PINTO, 2020) afirma que, nos presentes dias, a crítica à execução direta de serviços públicos pelo Estado parece ter assumido a forma de um movimento sincronizado, que opera quase como um jogral. Antes de ser uma denúncia bem lastreada acerca das mazelas estruturais da gestão pública brasileira, aludido coro demanda explorar um nicho de serviços com potencial altamente rentável em termos político-econômicos.

O momento atual, marcado por profundas divergências político-ideológicas, vem contaminando um debate público

mais sereno e racional em torno das propostas supostamente modernizadoras de prestação de serviços públicos por empresas e consórcios privados, sempre veiculadas como soluções milagrosas para problemas antigos e complexos do Estado e administração pública no Brasil. Em matéria de prestação de serviços públicos, tanto no que diz respeito àqueles que são da competência privativa do Estado, mas passíveis de delegação na forma do art. 175 da Constituição Federal, quanto em relação àqueles cuja exploração são também abertos à iniciativa privada, como saúde e educação, não se recomenda a adoção de posições extremadas. Tais posições costumam sustentar, ou a eficiência apriorística da iniciativa privada e a inaptidão ontológica do Estado no que concerne à prestação de serviços públicos, ou a posição antitética, que apregoa uma atuação necessária e exclusiva do Estado em toda e qualquer situação como a única apta a salvaguardar os interesses públicos.

O que se sugere é que se faça uma pergunta inicial e elementar: a quem realmente aproveita a diretriz adotada? Ao interesse coletivo do conjunto da sociedade, especialmente daquelas parcelas da população tradicionalmente mais excluídas de uma efetiva cidadania, ou a interesses secundários de grupos econômicos, que agora vislumbram em serviços públicos tradicionalmente submetidos à exclusiva prestação estatal grandes possibilidades lucrativas, sobretudo em virtude das demandas asseguradas, das redes de infraestrutura já instaladas e dos ganhos em escala vislumbrados.

2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS COMO LIMITE À LÓGICA DE MERCADO

Talvez fosse recomendável revisitar o conceito de *serviços públicos essenciais*, hoje um tanto fora de moda, mas muito utilizado

num passado não muito distante pela doutrina administrativista, sob influência do mestre Hely Lopes Meirelles, que os diferenciava dos *serviços de utilidade pública*. Para Hely, serviços públicos essenciais “são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado” (1994, p. 295). A consequência lógica que disso tirava é que “a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados” (1994, p. 295). Como exemplo de tais serviços elencava aqueles necessários à preservação da saúde pública (1994, p. 295). Ao contrário, os serviços de utilidade pública “são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, pode prestá-los diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários” (1994, p. 295-296). Citava como exemplos dessa modalidade de serviços públicos a energia elétrica e a telefonia.

O que está em jogo na categoria dos serviços públicos essenciais são necessidades objetivas, vitais, inadiáveis e impostergáveis, e não meras “utilidades” ou “comodidades”. Numa linguagem mais atual, o que deve balizar o debate jurídico-político em torno da “essencialidade” de determinados “*serviços públicos*”, é o caráter “fundamental” dos direitos que estão em jogo, vinculados à satisfação de necessidades básicas inerentes à condição humana e à sua dignidade. Essa conceituação é fruto de uma longa construção dogmática, política e social, resultante de um processo histórico de lutas e mobilizações coletivas, que culminaram por impor limites a determinados interesses, fazendo preponderar os interesses

públicos, o bem comum, ou o “interesse geral”, como preferem os europeus, sobre os interesses particulares. Assim, a outorga de determinados serviços, considerados como essenciais, à titularidade estatal, sempre teve em mira o atendimento de certas necessidades básicas, correspondentes a direitos fundamentais, atendimento este que não se coadunaria com uma lógica do mercado, cuja regra básica numa economia capitalista é a maximização do lucro.

Assim, os serviços públicos essenciais, em razão de sua “fundamentalidade”, costumam ter sua prestação submetida a regimes de direito público, o mais apto a garantir não somente uma preponderância dos interesses da maioria dos cidadãos sobre interesses outros, como, também, o regime que assegura uma forma de gestão de caráter mais público, mais racional e mais objetivo, não sujeita às lógicas, crises, humores e oscilações de mercado, cuja dinâmica básica é a maximização de lucros e resultados. Nesse sentido, deve-se entender por “gestão pública” tanto uma gestão realizada segundo critérios de legalidade, racionalidade e objetividade, objetividade esta calcada na satisfação de certas necessidades básicas do conjunto da população, como também uma gestão conduzida por agentes públicos especializados, no contexto de uma ética de *serviço público*, voltada aos reais interesses da comunidade, e com efetiva participação dos cidadãos, principais destinatários desse serviço.

Assim, os serviços públicos essenciais, em razão do seu caráter de indisponibilidade, aqui significando sua subtração às relações de propriedade, troca, competição e lucro, que caracterizam o regime de mercado numa economia capitalista, deveriam se sujeitar aos critérios de legalidade e racionalidade que marcam a instituição da moderna administração pública, um dos alicerces do Estado social e democrático. Nesse sentido, o conceito de administração pública importa tanto na adoção de uma racionalidade jurídica

instrumental voltada primordialmente a satisfação dos preceitos constitucionais, notadamente no seu núcleo básico de direitos fundamentais, como, também, uma gestão realizada segundo critérios uma racionalidade objetiva conectada com esses valores, e não com a lógica da acumulação capitalista.

3 A EXTENSÃO DA CONCORRÊNCIA E DA GESTÃO PRIVADA AOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS – A FALÁCIA DA EFICIÊNCIA

O argumento sempre retoricamente evocado para uma “abertura” do setor dos serviços públicos ao mercado, sem poupar aqueles tradicionalmente considerados essenciais, é que a concorrência, aliada aos modelos de exploração e gestão privados utilizados por empresas e corporações, ou seja, a gestão privada dos serviços públicos, seria a forma mais adequada para garantia de sua prestação eficiente à sociedade. Isso produziria maiores ganhos sociais e equacionaria problemas seculares relativos à gestão e à prestação de serviços a cargo de entes estatais. Sustenta-se que as empresas privadas, ao operarem em substituição aos entes públicos, seriam mais reativas, mais dinâmicas, mais responsivas, mais capacitadas e permeáveis aos processos de modernização e inovação tecnológica. Seria, também, mais flexíveis e desburocratizadas, e menos sujeitas às práticas clientelistas e patrimoniais que costumam emperrar a atuação dos entes estatais prestadores de serviços públicos. Esse novo regime, com predominância do direito privado, estaria mais sintonizado com os novos parâmetros das boas práticas administrativas, ao passo que uma maior flexibilidade decorreria do afastamento de boa parte da camisa-de força representada pelos regramentos de direito público, sempre apontados como

empecilhos à uma eficiente prestação dos serviços públicos.

Reforçam esse discurso de cunho abertamente neoliberal certas análises econômicas do direito, sempre propensas a destacar os impactos, as consequências, as “externalidades” e os efeitos nocivos ou indesejáveis produzidos por certas escolhas e direcionamento não norteados por leituras mais ampla do funcionamento dos mecanismos reais de mercado. Para o reformismo neoliberal, o principal fator da superioridade do novo modelo residiria no “efeito disciplinador” da concorrência e da gestão privada, que serviriam como estímulos constantes à eficiência, à inovação e à melhoria de desempenho (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 290). São estas as premissas que, assumidamente ou não, acompanham todas as medidas “modernizadoras” que vêm sendo adotada, tanto no contexto brasileiro como alhures, mas principalmente em países de baixa densidade democrática, e que têm norteados a “delegação” ao setor privado da prestação de amplos segmentos dos serviços públicos, mesmo que, em razão de circunstância ligadas à ordens constitucionais domésticas, a titularidade de muitos desses serviços ainda permaneçam na órbita estatal.

Nesse último caso, uma vez que tais serviços não podem ser simplesmente “privatizados”, em razão da titularidade estatal expressamente estabelecida e conferida de forma privativa ou comum à responsabilidade das pessoas políticas federativas, a delegação do serviço, mesmo daqueles considerados essenciais, não deixa de ser, em certo sentido, uma forma de “privatização” de um bem comum, embora se prefira evocar o eufemismo “parceria”.

4 O CASO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO

Caso emblemático pertinente à disputa ideológica sobre a melhor gestão de serviços públicos é o que encontramos nos campos da saúde e da educação. Saúde e educação são serviços públicos voltados à realização dos correspondentes direitos fundamentais, e cuja principal responsabilidade recai sobre o Estado segundo um esquema de repartição de competências constitucionalmente adotado no Brasil. Os serviços públicos de saúde devem se voltar para “a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universitário e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, art. 196), estando a sua prestação a cargo de uma estrutura orgânico-institucional especial prevista – o SUS (CF, art. 198), e podendo a iniciativa privada participar de suas ações de forma complementar (CF, art. 199, § 1º). No caso da educação, o compromisso estatal envolve tanto a educação básica, de crianças e jovens até os 17 anos, quanto o ensino superior. Não obstante essa atribuição de um dever fundamental ao Estado, a exploração desses serviços também é permitida à livre iniciativa privada, na forma dos artigos 199 e 209 da Constituição de 1988.

Assim, formou-se o seguinte quadro: de um lado, o Estado presta serviços públicos em caráter universal e gratuito; de outro, a iniciativa privada, com ou sem finalidade lucrativa, pode atuar dentro de uma esfera juridicamente resguardada com relativo desembaraço, mediante remuneração a ser obtida junto a quem possa e queira pagar por seus serviços. O problema surge quando a iniciativa privada busca crescer, competindo com a execução estatal direta, por meio da tentativa de se remunerar com os escassos recursos públicos disponíveis para esses serviços, ao arrepio das

balizas legais e constitucionais de regência (PINTO, 2020).

Na atual quadra histórica nacional, marcado pela adoção de posições neoliberais extremadas e anacrônicas, desabonadas até mesmo por setores e agências importantes do *mainstream* dos centros do capitalismo, os arautos das soluções privatistas continuam a sustentar que os serviços executados diretamente pelo poder público são ontologicamente piores do que aqueles prestados pelo mercado ou pelo terceiro setor. Melhorias anunciadas como mais econômicas, desburocratizadas, flexíveis, módicas e, supostamente, com potencial mais universalizante, são diuturnamente ofertadas, sempre com o dedo apontado para as mazelas dos serviços geridos por entes estatais. Isso é feito esquecendo-se ou contornando-se o fato público e notório de que a oferta estatal de saúde e educação se ressentem de crônicos e antigos problemas, problemas esses muitas vezes políticos, ligados ao nosso legado cultural, com reflexos na distribuição e alocação dos recursos orçamentários. Ou seja, problemas que não se resumem a simples problemas de “gestão”, como pretende um falacioso discurso modernizador.

Alguns desses problemas crônicos foram bem apontados por Élide Graziane Pinto (2020).

Primeiro, destaque-se a falta de escala mínima na operação das redes de serviços sanitários e educacionais, decorrentes da fragmentação municipal, resultante do pulverizado processo de criação de municípios ocorrido a partir de 1988. Dai resulta que milhares de pequenos municípios não conseguem executar os serviços públicos de saúde e educação básica com o mínimo de acuidade técnico-operacional, sustentabilidade fiscal, qualidade e ganho de escala. Para o enfrentamento desse problema de fragmentação antieconômica, com reflexos na capacidade operacional desses serviços, seria imperativo a implementação

das regiões de saúde previstas na legislação do Sistema Único de Saúde. Necessária seria, também, a ampliação do uso dos consórcios públicos e uma efetiva estruturação do Sistema Nacional de Educação, comprometida por sucessivos cortes orçamentários.

Outro fator impactante nos serviços de saúde e educação tem sido a frequente e ilimitada troca dos quadros dirigentes, sob a veleidade de implantação, por meio de um grande número de cargos comissionados, dos novos projetos políticos sufragados, e sob a invocação da discricionariedade dos novos agentes políticos alçados nos postos de comando. Nessa insana dinâmica, a alta rotatividade dos servidores comissionados e contratados temporários implica onerosa perda de continuidade e memória do serviço, menosprezo da experiência acumulada e risco de captura patrimonialista, que pode se dar, também, sob o palio dos diversos instrumentos de parcerias econômicas e sociais disponíveis. Se a cada troca nos níveis tático e estratégico de comando nas políticas públicas de saúde e educação corresponder uma realidade de terra arrasada em que os que entram negam o aprendizado deixado pelos que saíram e em que se busca, arrogante e irresponsavelmente, reinventar a roda, simplesmente será impossível assegurar racionalidade à máquina pública (PINTO, 2020).

Não menos grave nesse contexto é o papel desempenhado pela regressividade fiscal e pela insegurança jurídica quanto aos critérios quantitativos e qualitativos de rateio das responsabilidades de execução das políticas públicas entre os três níveis da federação, o que, em não raros casos, tem ocasionado a judicialização das omissões e dos vazios assistenciais, com sérios impactos nos já frágeis planejamentos orçamentários das políticas públicas de saúde e educação. Segundo Élidea Graziane Pinto (2020), uma guerra fiscal de despesas prejudica a pactuação federativa do SUS e da educação básica obrigatória, onerando proporcionalmente mais os

municípios e mitigando a eficácia dos direitos fundamentais à saúde e à educação em nosso país. O produto final desse ciclo de precária concepção planejada dos serviços públicos e baixa aderência entre executado e planejado é uma gestão pública francamente suscetível de captura patrimonialista e pouco profissional. O amadorismo e o imprevisto, na melhor das hipóteses, são manejados para apagar incêndios e, na pior delas, para atender a pleitos paroquiais que trazem severo risco de apropriação privada do interesse público.

Tanto na educação básica obrigatória quanto no SUS, argumentos em prol de soluções privadas vão e voltam, ao sabor dos superpostos conflitos de interesses. Se quisermos realmente melhores serviços públicos, dever-se-ia enfrentar os reais e complexos problemas relativos à gestão pública e à prestação de serviços a cargo do Estado. Quem quer melhores serviços públicos, deveria pautar, antes de tudo, a necessidade de buscar ganho federativo de escala, sustentabilidade fiscal, governança técnica protegida de ingerências políticas altamente voláteis e aderência entre do executado em face do planejado na consecução de tais serviços (PINTO, 2020).

A ideia de universalização, expressamente prevista no Texto Constitucional para os serviços de saúde, organizados sob a forma de um sistema único, o SUS (art. 196), constitui-se, também, em um princípio fundamental de vários serviços públicos. Significa a ampliação progressiva do acesso de serviços essenciais a todos os cidadãos, principalmente os mais necessitados. A sua lógica não combina com a lógica do mercado, com a lógica da concorrência, como já o comprova uma significativa e não desprezível experiência internacional.

5 O CASO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO

Sob a promessa de realizar de uma forma mais eficiente a prestação dos serviços de saneamento básico, e efetivar a sua universalização até o ano de 2033, foi editada a Lei nº 14.026/2020, modificando o marco regulatório inicialmente fixado pela Lei nº 11.445/ 2007. Um dos pontos centrais da nova disciplina é a regra que estabelece que a prestação dos serviços de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular do serviço, no caso os municípios, depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a celebração de contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária com entidades dos Estados-membros da federação.² No caso dos serviços de saneamento básico, a serem prestados de forma universal, integral, e ecologicamente sustentável, combinando fornecimento de água potável e esgotamento sanitário, estamos no campo de uma competência comum (CF, art. 23, IX), com predominância do interesse municipal pelo critério dos “serviços públicos de interesse local” (CF, art. 30, I e V).

Assim, o novo marco promove uma progressiva substituição dos *contratos de programa* por contratos de concessão, com o ingresso progressivo de empresas privadas na exploração dos serviços de saneamento, em substituição às companhias estaduais que vinham atuando nesse setor. A delegação desses serviços públicos por parte

² Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária (art. 10 da Lei nº 11.445/2007, conforme redação dada pela Lei nº 14.026/2020)

ente político municipal deverá agora ocorrer seja pelas formas comuns de concessão, regulada pela Lei nº 8.987/1995, seja por formas especiais, como no caso das parcerias público-privadas, reguladas pela Lei nº 11.079/2004. Assim, a abertura para a concorrência e prestação dos serviços de saneamento por empresas privadas se constituem nos pontos centrais da nova legislação, que pretende, por estes meios, aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país. Essa mudança, conforme anunciado, viabilizaria os investimentos necessários à universalização do saneamento básico, promovendo maior eficiência na sua prestação por intermédio de sua delegação a empresas privadas, e não mais às companhias estaduais, por meio de *contratos de programa*, como vinha ocorrendo até então.

A retórica da supremacia da gestão privada (*management*) sobre a gestão pública rompeu, no Brasil, um novo limiar, atingindo um serviço público notoriamente essencial, como os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, num contexto onde o acesso a tais serviços sempre foi considerado um direito fundamental, e a água um bem de primeira necessidade.

Na grande campanha midiática que acompanhou a tramitação do “novo marco regulatório” do saneamento básico nas duas casas legislativas, foram destacados com grande ênfase, de forma superficial e sem análises mais aprofundadas, as ineficiências e os “desperdícios” ligados à gestão pública do saneamento por companhias estaduais. Além dos privilégios e magnitudes salariais dos empregados mais graduados dessas companhias e de experiências de gestões desastrosas levadas a cabo por dirigentes indicados politicamente, foram também suscitados as quantidades de metros cúbicos perdidos nas fases de captação e distribuição.

Deve-se ter presente que a prestação do serviço de saneamento básico é, em razão da sua feição e dos interesses

envolvidos, um exemplo de serviço público de interesse local, embora a racionalização da sua prestação possa demandar a conjugação dos esforços de diversas *comunas*. Esses serviços, inseridos na órbita de competências dos municípios, devem ser geridos segundo escolhas políticas feitas nesse nível da federação, pois são os atores municipais aqueles a quem sua instauração e continuidade diz respeito de modo mais direto.

Assim, a proibição introduzida no novo marco regulatório dos municípios celebrarem contratos de programa com as companhias estaduais revela-se, sob este aspecto, inconstitucional, por violar a autonomia reconhecida a esses entes federativos de escolher a forma mais adequada de prestação de um serviço do qual é titular. Sob qualquer desenho de federalismo cooperativo que se pretenda, impedir que os municípios possam optar por delegar a prestação dos serviços de saneamento a uma empresa pública existente no âmbito estadual, e dotada de uma maior capacidade de prestação regionalizada e em escala desse serviço, com todos os benefícios que isso pode trazer desde que se faça uma gestão com base em critérios de legalidade e transparência, não faz qualquer sentido, senão o de forçar os municípios a optarem pela delegação de tais serviços a grandes conglomerados privados, instituindo-se uma situação ou nicho de mercado absolutamente artificial, onde ela não se revela nem recomendada nem legítima.

Assim, o veto introduzido ao uso de contratos de programa entre municípios e companhias estaduais de saneamento revela-se inconstitucional, também, por se constituir em empecilho às formas de interação entre os entes federativos para prestação de serviços públicos, conforme incentivado pela Constituição (art. 241).

Esse, contudo, foi o principal propósito da Lei nº 14.026/2020 ao por fim ao modelo anterior baseado nos contratos de programa,

abrindo espaços à exploração dos serviços de saneamento às grandes conglomerados privados. Desta forma, o novo marco não deixa a esses entes federativos outra opção. Parece, inclusive, forçá-los a uma delegação do saneamento básico ao mercado, sob o argumento de que a concorrência trará mais eficiência à prestação desse serviço e efetivará a almejada universalização.

Sob o novo marco regulatório, movimentos de delegação dos serviços de saneamento já vêm sendo feitos. É o caso, por exemplo, da recente licitação dos serviços de saneamento básico, ocorrida no dia 30 de setembro de 2020, no Estado de Alagoas, e vencida pela empresa BRK Ambiental, do grupo canadense Brookfield. Nesse caso, a exploração dos serviços de saneamento básico de treze municípios da região metropolitana de Maceió (capital de Alagoas) foram transferidos da Casal (a companhia estadual de saneamento) para a referida empresa, segundo uma modelagem realizada com a assessoria técnica do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social). Vale destacar que municípios incluídos em áreas rurais não foram incluídos na licitação, permanecendo, ainda, assistidos pela Casal.

6 CONCLUSÕES

Os desafios enfrentados no que diz respeito ao aprimoramento da gestão e prestação de serviços públicos devem ser reposicionados no patamar de um debate público mais honesto. Não se pode mais continuar com a promessa ilusória de que basta entregar à iniciativa privada a execução de serviços públicos para que automaticamente eles se aperfeiçoem em termos de desempenho e acesso universal. Essa é, a bem da verdade, uma promessa falsa, tendente a gerar desvios e riscos patrimoniais

crescentes, sobretudo pelo progressivo afastamento, não se certo ilusionismo e criatividade, dos limites e exigências próprios ao regime jurídico administrativo.

Um debate realizado em níveis razoáveis de maturidade republicana exige uma tomada de consciência acerca da “perversão cultural” que nos fez tão aprisionados ao patrimonialismo em suas mais variadas vertentes. O público não pode mais ser considerado um espaço de maximização de ganhos privados, tampouco a gestão privada, com tudo que ela implica, não pode mais ser vista como panaceia para uma sociedade ainda tão carente de um senso comum de república, cidadania e vida justa.

O aprimoramento da atuação estatal não pode, sob o pretexto de maior eficiência, se afastar de uma perspectiva republicana e democrática sensível a uma efetiva concretização dos direitos públicos, a melhor tradução da categoria “interesses públicos”. Nesse sentido, não existe nada mais urgente, no atual contexto brasileiro, do que a defesa dos serviços públicos contra o avanço das políticas neoliberais, para que tais serviços, em sintonia com o ideário de construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária previsto na Constituição (art. 3º, I), sejam orientados para uma autêntica “universalização” e para os direitos de uso comum e igualitário por parte do conjunto da população, devendo ser geridos segundo uma lógica democrática e republicana, e não conforme uma lógica de mercado.

As reformas que sustentam a “abertura à concorrência” e da adoção dos mecanismos da gestão privada na prestação de serviços públicos são apresentadas como operações cirúrgicas necessárias e como ideologicamente neutras e respaldadas nas melhores técnicas da *governança pública*. São anunciadas como sinônimos de “modernidade” e “eficiência”, e, principalmente, como benéficas para todos. No caso emblemático do saneamento, são anunciadas

como a forma mais apta a responder aos anseios de universalização tantas vezes prometida, e agora solenemente anunciada para o ano de 2033.

A despeito dos argumentos de racionalidade administrativa sempre invocados, aliados à retórica da crise financeira como perene razão de um Estado de Exceção, quando se pretende abrir o “mercado” dos serviços públicos à exploração privada de grandes conglomerados, o que se pretende na prática é justificar processos de exploração capitalista na prestação dos serviços públicos, com sua integração na órbita dos mercados.

O que se tenta na prática esconder é um projeto de reestruturação neoliberal mais ampla do Estado e da forma de prestação dos serviços públicos. Essa reestruturação neoliberal pressiona o Estado a produzir as condições nacionais e locais adequadas para a valorização do capital. Tal reestruturação costuma conduzir a situações mais vantajosas para as empresas exploradoras e mais desvantajosas para o conjunto da população no médio e longo prazo, especialmente para as camadas mais vulneráveis e desassistidas, historicamente excluídas de uma verdadeira cidadania educacional e sanitária. Intenta-se, de forma artificial, promover-se um ambiente de negócios nos setores delegados ao mercado. O *filé mignon* dos serviços mais rentáveis fica com o mercado, ao passo que os setores que oferecem menos retorno, ou mesmo retorno algum, continua com o Estado.

O resultado prático tem sido a chancela de verdadeiras “privatizações” em setores cada vez mais amplos dos serviços públicos, mesmo naqueles que sempre foram considerados essenciais. Assim, com a transferência da gestão de tais serviços para empresas privadas ou consórcios de empresas, por meio do instituto da concessão, ou da sua versão mais moderna, as parcerias

público-privadas (PPPs), ainda que se mantenha a “titularidade” do serviço em poder do Estado, permite-se uma exploração econômica privada de tais serviços por longos períodos, inclusive com garantias incontestáveis de equilíbrio econômico-financeiro e formas privilegiadas de compartilhamento de riscos, não comuns nos empreendimentos privados que atuam num regime normal de mercado.

Diante dos novos cenários de crescentes riscos sanitários e epidemiológicos, evidenciados pela pandemia da COVID-19, ficou mais nítida a necessidade de fortalecimento de uma estrutura estatal de serviços públicos essenciais, na área da saúde e do saneamento, capazes de fazer frente aos novos riscos epidemiológicos, sanitários e climáticos que se anunciam para o século XXI. Nesse contexto, não deixou de causar uma certa perplexidade e estranhamento que uma mudança tão drástica na gestão dos serviços de saneamento viesse a ocorrer, de forma tão abrupta, no meio de uma pandemia global, quando tanto se destacou a importância vital dos sistemas públicos de saúde, no caso brasileiro, o SUS.

O que se percebe é que a política neoliberal de supervalorização do mercado e subvalorização do papel do Estado parecem fazer tábula-rasa dos crescentes riscos sanitários e das duras lições trazidas pela pandemia do Covid 19. As políticas neoliberais parecem, inclusive, até estender seu domínio sobre a sociedade à medida que desafiam suas consequências nefastas (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 11).

O Estado, dominado por uma elite em boa parte consorciada ao grande capital, não mais atua como árbitro de interesses, no sentido apregoado pelo Direito Administrativo, cuja dinâmica, racionalidade e institutos tiveram sempre em mira fazer prevalecer os “interesses públicos” sobre os “interesses privados”. Estamos diante

de um Estado *parceiro* de fortes grupos e interesses econômicos, que defendem a incorporação da concorrência e dos modelos de gestão privada não como forma de garantia da universalização dos serviços públicos, mas como estratégia de acumulação.

Sob esse aspecto, a teoria administrativista, ainda influenciada por uma visão funcionalista que marcou as sistematizações iniciais do direito administrativo, deveria “olhar” para o Estado brasileiro concreto, situado na periferia do sistema capitalista, e intentar vê-lo *como ele de fato é*: um complexo campo de forças e lutas, permeado de conflitos de interesses e valores, e não somente uma “*estrutura orgânica*”, um “*aparelho público*” ou uma “*máquina*” impessoal, definido exclusivamente por sua funcionalidade. Ignora-se de forma quase pueril, ou não se leva em conta na forma devida, interesses de classe e conflitos substanciais existentes no seio social, e que se revelam nas “escolhas públicas” (DARDOT; LAVAL, 2018, p. 551).

REFERÊNCIAS

DARDOT, Pierre & LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo** – ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros: 1999.

PESSOA, Robertônio. **Direito Administrativo e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PINTO, Élide Graziane. **República de soluções privadas nos serviços públicos básicos de educação e saúde?** In: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-17/contas-vista-republica-solucoes-privadas-servicos-basicos-educacao-saude>

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MEDIDA ANTIELISIVA

Maria Carolina Carvalho de Almendra Freitas¹

Antônio de Moura Borges²

Resumo: O dever fundamental de pagar tributos existe como contraprestação à garantia estatal de estrutura mínima para uma vida digna, ou seja, o tributo possui uma função social a ser cumprida. Por outro lado, o aumento considerável da carga tributária faz com que os contribuintes sintam a necessidade de realizar planejamento fiscal. Ocorre que tal planejamento, quando feito de forma abusiva, pode resultar na prática de atos ilícitos, ensejando a necessidade de mais acurada fiscalização por parte do Estado. Nesse contexto, o estudo pretende examinar, a partir de aspectos doutrinários e jurisprudenciais, a constitucionalidade da transferência do sigilo bancário às autoridades fiscais, sem a intermediação judicial, como medida de contenção de práticas evasivas e elisivas.

Palavras-chave: Evasão e Elisão Fiscal. Sigilo Bancário. Transferência. Fisco. Constitucionalidade.

1 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB, Professora Universitária e Advogada.

2 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP, Mestre em Direito pela Southern Methodist University - SMU, Professor na Universidade de Brasília - UnB.

Summary: The fundamental duty of paying taxes exists as a consideration of a minimum structure for a worthy life, that is, taxes have a social role to be fulfilled. On the other hand, the considerable increase of the tax burden leads taxpayers to the practice of tax planning. However, when tax planning is made in an abusive manner, illegal acts may result, forcing the Government to carry out a more accurate fiscal inspection. In such a context, this study aims at examining the constitutionality of the transfer of banking secrecy to tax authorities regardless of judicial decision, in view of doctrinal studies and Court decisions, as a way to fight against tax evasion and avoidance.

Key words: Tax evasion and avoidance. Banking secrecy. Transfer. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A partir do aparecimento do Estado Social, caracterizado pelas liberdades positivas, isto é, pelo dever de prestação de serviços aos indivíduos, incrementou-se o poder de tributar inerente ao Estado. Desde então, os tributos apresentam-se como imprescindível instrumento de obtenção de receita pública, dos quais o Estado vem se valendo para atender aos objetivos assumidos, como a redução das desigualdades socioeconômicas.

O poder de tributar, portanto, decorre da própria soberania estatal. Tal poder, contudo, não é discricionário, pois não cabem atitudes arbitrárias por parte do Estado com relação aos indivíduos. Ao contrário, esse poder deve ser baseado em princípios de justiça e equidade, com respeito à legalidade, à segurança jurídica e à capacidade contributiva, a fim de evitar injustiças sociais.

Ademais, ao tempo em que surge para o Estado o poder-dever de cobrar tributos, nasce, para o cidadão, o dever de cumprir com as suas obrigações tributárias. Trata-se do dever fundamental de pagar tributos, inerente a todos os indivíduos de uma sociedade, exatamente como contraprestação à garantia estatal de estrutura mínima para uma vida digna na coletividade. Verifica-se, assim, que o tributo possui uma função social a ser cumprida.

A despeito da importância do pagamento dos tributos, existem formas de se eximir da obrigação tributária, adotadas comumente pelos indivíduos. Neste estudo, serão analisadas a evasão e a elisão tributária.

Em linhas gerais, a evasão fiscal consiste nas práticas ou omissões do contribuinte tendentes a suprimir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária. Já a elisão se concretiza a partir da conduta dos sujeitos que, mediante a criação de negócios jurídicos em princípio lícitos, buscam evitar, no todo ou em parte, a obrigação tributária, com violação indireta da lei.

É possível que o contribuinte, valendo-se das brechas legislativas, realize planejamento tributário de forma abusiva, alcançando, conseqüentemente, resultados ilícitos. Tal hipótese traz consigo a necessidade de maior fiscalização tributária.

Nesse contexto, o ápice do presente estudo consiste em verificar se o Poder Público, em sua atuação fiscalizadora, pode se valer da quebra ou da transferência do sigilo bancário no combate a práticas como a evasão e a elisão fiscal.

É que a garantia do sigilo bancário que protege os indivíduos aparentemente colide com as atividades do Fisco que, diante da proibição do acesso às informações bancárias, fica impedido de realizar fiscalização eficiente sobre as movimentações financeiras do contribuinte.

Para tanto, serão inicialmente tecidas considerações acerca do tributo; logo após, serão examinados os institutos da evasão e da elisão fiscal; por último, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, será aferida a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário ou da transferência desse sigilo às autoridades fiscais sem a intermediação judicial, como medida de contenção de práticas evasivas e elisivas.

2 ANOTAÇÕES ACERCA DO TRIBUTO

Conforme afirma Bernardo Ribeiro Moraes, ao longo da história o tributo “(...)deixa de ser fruto do poder arbitrário ou discricionário do Estado para se constituir num instrumento jurídico (legal) de receita pública, definido pela lei originária”, sendo que, “ (...) nos dias de hoje, é conceituado como o poder fiscal normatizado, criador de receita pública (compulsória e derivada)” (MORAES, 1996, p. 251).

De fato, como forma de superação do absolutismo, após as Revoluções Francesa e Inglesa, surge o Estado Liberal, marcado por limitações impostas ao Poder Público. Naquela época, prevalecia a autonomia da vontade privada nos negócios particulares, sem a interferência estatal. Acreditava-se, então, que o “não fazer” imposto ao Estado garantiria a todos os indivíduos maior possibilidade de crescimento e que a sua intervenção seria obstáculo ao exercício da liberdade individual. Os direitos de primeira geração, também conhecidos como direitos de liberdade, são desse período da história.

A seguir, desponta o Estado Social, que, em contraponto ao Estado Liberal, tinha feição positiva, ou seja, não havia mais um dever de abstenção (não fazer) imposto ao Estado, mas sim uma

obrigação de “fazer” em prol da coletividade. Com essa modalidade estatal, nasceu a segunda geração dos direitos fundamentais, juntamente com preocupação concernente à igualdade entre os indivíduos e ao dever do Poder Público de garanti-la. A partir do aparecimento desse modelo de Estado, caracterizado pelas liberdades positivas, isto é, pelo dever estatal de prestação de serviços aos indivíduos, manifestou-se de modo mais contundente o poder de tributar inerente ao Estado.

Acerca da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, ensina Daniel Giotti de Paula (2018, p. 169) que as relações de hipossuficiência camufladas pelo discurso liberal trouxeram a necessidade de criação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo o autor, tais direitos traduziam tentativas de o Estado equilibrar aquelas relações que, analisadas sob o prisma da realidade, já se regiam pela diferença e não pela igualdade. O direito de propriedade, por exemplo, não era mais visto como absoluto, devendo atender a uma função social.

Essa conciliação entre liberdade e igualdade “gerou releituras em todo o Direito, não ficando o Direito Tributário infenso ao novo papel que se lhe atribuía” (PAULA, 2018, p. 169). Nesse contexto, os tributos deixam de ser a exceção e passam a compor instrumentos de receita pública derivada, com os quais o Estado passa a contar de forma permanente para atender aos objetivos assumidos, notadamente a redução das desigualdades econômicas e sociais.

Nessa esteira, estabelecendo que o Brasil se caracteriza como um Estado Social e Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 - CF prevê a titularidade do poder de tributar como uma das principais atribuições do Estado, com a finalidade de angariar recursos que possibilitem a manutenção dos serviços públicos e a promoção do bem comum. É a partir dessa obrigação

do Estado de prestar serviços à população, portanto, que surge o fundamento do seu poder de tributar.

Hugo de Brito Machado (2000, p. 141) preceitua que “o poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta”. Embora seja irrenunciável, por ser um poder-dever, o poder de tributar não é discricionário. Não cabem atitudes arbitrárias por parte do Estado com relação aos indivíduos; devendo, o poder tributário, ser baseado em princípios de justiça e equidade, com respeito à legalidade, à segurança jurídica e à capacidade contributiva, a fim de evitar injustiças sociais.

Corroborando esse entendimento, Bernardo Ribeiro de Moraes assevera que a soberania estatal pode ser percebida pelo poder desse Estado de penetrar no patrimônio dos particulares, exigindo-lhes contribuições derivadas e compulsórias. Tal poder, materializado pelo poder de criar tributos, de estabelecer proibições tributárias, isto é, de emanar normas jurídicas tributárias, é denominado poder fiscal, também conhecido como “poder impositivo” (*potere di imposizione*) ou “poder tributário” (*potesta tributária*).

Por outro lado, ao tempo em que surge para o Estado o poder-dever de instituir e cobrar tributos, em virtude da soberania que exerce sobre os contribuintes, nasce, para estes, o dever de cumprir com as suas obrigações tributárias, o que se caracteriza como exercício de sua cidadania.

É correto afirmar, pois, que existe o dever fundamental de pagar tributos, inerente a todos os indivíduos de uma sociedade, sendo um dever a favor dos próprios contribuintes, posto que há uma contraprestação por parte do Poder Público, que deve garantir-lhes estrutura mínima para uma vida digna na coletividade.

Diante do exposto, verifica-se que o tributo tem uma função

social a ser cumprida, sendo justo que os cidadãos participem da garantia do bem-estar da sociedade, nos limites da capacidade contributiva de cada um.

A tributação excessiva, porém, por extrair do contribuinte o saldo do seu trabalho, acaba provocando sentimento de injustiça social, o que leva ao cumprimento da norma apenas por receio das sanções a serem aplicadas. O sentimento de rejeição às normas tributárias conduz à sonegação, “como forma de se furtar às injustiças e corrupções praticadas pelo poder público” (BORGES; MACHADO, 2008).

Assim, a despeito da importância do pagamento dos tributos, existem formas comumente adotadas pelos indivíduos, com o fim de afastar a obrigação tributária, as quais serão avaliadas no tópico a seguir.

3 OS LIMITES DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: ELISÃO E EVASÃO FISCAL

Entre as formas comumente adotadas pelos indivíduos para se livrarem da obrigação tributária estão os institutos conhecidos como evasão e elisão tributária. A palavra evasão tem origem no latim *evadere* e, segundo Miguel Delgado Gutierrez (2006, p.57) é vocábulo que significa a fuga ou a subtração do contribuinte ao pagamento do imposto que lhe é atribuído, utilizando, para tal, artifícios os mais variados.

Ainda conforme lição de Gutierrez (2006, p.57), “em seu sentido amplo, a evasão fiscal consiste nas práticas ou omissões do contribuinte tendentes a suprimir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária.” Em outros termos, o que ocorre quando se fala em evasão fiscal é a clara busca do

contribuinte por formas de burlar o Fisco para reduzir ou até mesmo eliminar a carga tributária a que é submetido. A evasão nada mais é do que a fuga do contribuinte quanto ao pagamento dos tributos devidos ao Estado, sendo que também pode ocorrer por meio da omissão de fatos tributáveis quando da declaração ao Fisco.

Sampaio Dória (1977, p. 32) apresenta classificação do instituto ora em comento, dividindo-o em evasão omissiva e evasão comissiva, sendo a primeira dividida em evasão omissiva imprópria e evasão omissiva por inação e a segunda classificada como evasão comissiva lícita e evasão comissiva ilícita.

A evasão fiscal omissiva imprópria consiste na abstenção do contribuinte em adquirir produtos com elevada carga fiscal, como o cigarro ou a bebida alcoólica, não efetivando sequer o fato gerador da obrigação tributária. Já a evasão fiscal omissiva por inação é configurada depois de ocorrido o fato gerador do tributo, em que o contribuinte deixa de saldar voluntariamente a obrigação fiscal, causando efetivamente prejuízo ao erário.

Ainda consoante o mesmo autor, a evasão fiscal comissiva pode ser lícita ou ilícita. Nesta, o contribuinte, de forma consciente, procura meios ilícitos para eliminar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo. Naquela, o indivíduo busca a minoração da carga tributária por meio de formas lícitas, previstas em lei, sem o intuito de sonegar o tributo devido, sendo conhecida também como elisão fiscal (DÓRIA, 1977, p. 32). Consoante Sampaio Dória (1977), portanto, a elisão fiscal é espécie de evasão comissiva lícita, pois consiste em busca legal do contribuinte de menor carga tributária.

Para Ives Gandra da Silva Martins, “a distinção básica entre elisão e evasão reside nos meios adotados para se fugir ao peso,

sempre injusto, da carga tributária no Estado moderno, sendo tais meios legais ou ilegais, no que se conforma a elisão e evasão fiscal” (MARTINS, 1988, p. 31).

Indo além, para Hermes Marcelo Huck a evasão seria sempre ilegal, uma fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza. Já a elisão, que o autor denomina também de elusão ou de evasão lícita, seria a subtração ao tributo de manifestações de capacidade contributiva originalmente sujeitas a ele, mediante a utilização de atos lícitos, ainda que não congruentes com o objetivo da lei. Ademais, o autor entende que a elisão tributária se caracteriza como uma forma jurídica alternativa, não prevista na lei tributária, de alcançar o mesmo resultado negocial originalmente previsto sem o ônus do tributo, sendo, em princípio, lícita a elisão (HUCK, 2018).

Além disso, conforme Delgado Gutierrez, verifica-se que “no direito tributário a palavra elisão tem sido utilizada para designar a maneira válida de evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo antes da ocorrência do seu fato gerador” (GUTIERREZ, 2006, p. 72).

No mesmo sentido, Hermes Marcelo Huck (2018) entende que são “tênués e difusos” os limites que separam a evasão ilegal da elisão lícita, apontando, como critério eleito pela doutrina para tal diferenciação, o fator tempo. Desse modo, afirma que a elisão pode ser apontada como a manobra do particular praticada antes do surgimento do fato gerador, evitando exatamente que este apareça; e a evasão, o procedimento destinado à fuga tributária, cujos atos constitutivos foram praticados após a ocorrência do fato impositivo.

O mesmo autor ressalta, contudo, que essa distinção cronológica, ainda que bem concebida, não responde a todas as hipóteses de elisão e evasão, pois são frequentes os casos nitidamente

evasivos detectados antes da ocorrência do fato gerador. Como exemplo, aponta a fraude à lei, que, de forma genérica, está incluída na hipótese de evasão, consistindo, sua prática, em evitar ardilosamente, consciente e dolosamente o surgimento do fato gerador do tributo (HUCK, 2018).

Consoante Sampaio Dória (1977, p.49-54), existe a elisão induzida pela lei, elisão imprópria, na qual o próprio legislador é benevolente e diminui ou até mesmo anula a carga tributária, em algumas hipóteses; assim como também se vislumbra a elisão fiscal como uma prática dos contribuintes que se utilizam das lacunas legislativas para se desviarem das obrigações tributárias.

Por sua vez, Heleno Tôrres entende a elisão como a conduta dos sujeitos que, mediante a criação de negócios jurídicos lícitos, buscam evitar, no todo ou em parte, a obrigação tributária, com violação indireta da lei, por uma espécie de contorno ao seu campo material de incidência, visando a uma economia de tributos (TÔRRES, 2003, p. 187). O autor faz a distinção entre os termos elisão e elusão fiscal, sendo esta a atividade ilícita conceituada acima e, aquela, a atividade lícita praticada pelo contribuinte que caracteriza o planejamento tributário.

O planejamento fiscal é atividade que normalmente gera economia tributária. A economia de tributo é a redução ou eliminação do tributo por meio de práticas lícitas, consideradas irrelevantes para o legislador. Trata-se de maneira de diminuir a carga tributária em prol da saúde financeira do (BORGES, 2004/2005, p. 29).

Contudo, é possível que o contribuinte, valendo-se das brechas legislativas e da possibilidade de realizar o planejamento tributário, faça-o de forma abusiva, alcançando resultados ilícitos. Tal hipótese traz consigo a necessidade de maior fiscalização tributária.

Em seguida, examina-se a possibilidade de o Poder Público, em sua atuação fiscalizadora, poder se valer da quebra do sigilo bancário no combate de práticas como a evasão e a elisão fiscal.

4 EVASÃO E ELISÃO FISCAL: DA POSSIBILIDADE DE QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DO CONTRIBUINTE PELO FISCO

Desde suas origens, as instituições bancárias já tinham as informações financeiras de seus usuários protegidas por sigilo, pelo então Direito Romano. No Brasil, o sigilo bancário foi estabelecido pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que criou o Conselho Monetário Nacional e dispôs sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, tendo sido recepcionada pela atual Constituição Federal com o *status* de lei complementar.

O sigilo bancário, atualmente, é compreendido como o dever dos bancos de manterem segredo sobre as informações e documentos relativos à movimentação financeira de seus clientes. Essa proteção dos dados bancários garante aos usuários dos serviços prestados pelas instituições financeiras que as informações acerca de operações realizadas por eles não cheguem ao conhecimento de terceiros (BORGES; MACHADO, 2008).

Ocorre que a garantia do sigilo bancário que protege os indivíduos aparentemente colide com as atividades do Fisco que, diante da proibição do acesso às informações bancárias, fica impedido de realizar fiscalização eficiente sobre as movimentações financeiras do contribuinte, o que facilitaria práticas como as esposadas no tópico anterior, de evasão e de elisão fiscal.

Nesse contexto, foi editada a Lei Complementar nº 105, de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições

financeiras, cujo art. 6º determina que

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Como se observa, presentes os dois requisitos previstos na norma – existência de processo administrativo ou de procedimento fiscal e a indispensabilidade da quebra do sigilo bancário a juízo da autoridade administrativa competente –, cabe à autoridade fiscal requisitar e examinar os dados bancários do contribuinte.

Além disso, o art. 5º da mesma Lei possibilita que o Poder Executivo estabeleça situações de repasse automático de informações bancárias dos clientes ao Fisco:

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Tal norma, portanto, acabou revogando o art. 38 da Lei nº 4.595/64, o qual regulava o acesso aos dados bancários dos contribuintes até então, acesso que só poderia ser deferido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, sendo vedada a quebra do sigilo bancário diretamente pelas autoridades fiscais.

A Lei Complementar nº 105/2001 alargou, de forma sensível, a possibilidade de quebra de sigilo bancário, “criando um poderoso sistema de controle sobre a atividade financeira dos indivíduos e empresas”. A nova lei, de forma exaustiva, conferiu aos seguintes órgãos a legitimidade para a quebra do sigilo: Poder Judiciário, Banco Central, Comissão de Valores Imobiliários, Poder Legislativo, Comissão Parlamentar de Inquérito e Administração Tributária. Desse modo, a principal inovação trazida foi a possibilidade de a autoridade fiscal também poder determinar a restrição do sigilo bancário, cuja constitucionalidade tem sido alvo de acirradas discussões acadêmicas (SCHULER, 2016).

É certo que a Constituição Federal traz a proteção ao sigilo dos dados como expressão de direitos fundamentais do indivíduo, o que tem gerado dúvidas quanto ao alcance dos incisos X e XII do artigo 5º, em relação ao sigilo bancário:

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Há entendimento no sentido de que “estaria tutelado pelo sigilo bancário aquilo que o é pela privacidade”, de modo que os bancos não poderiam fornecer informações obtidas em decorrência da sua

atividade profissional (BORGES; MACHADO, 2008). O patrimônio deveria estar protegido contra as indiscrições alheias, uma vez que integra a esfera privada do indivíduo (VALENTE, 2005, p. 91).

Assim, para essa parcela da doutrina, somente o Poder Judiciário poderia excepcionar o sigilo bancário, sendo que a norma infraconstitucional em questão (Lei Complementar nº 105/2001) não poderia ter atribuído a autoridades fiscais a legitimidade para requerer diretamente a quebra desse sigilo (SCHULER, 2016).

Contudo, há de se observar que as informações repassadas ao Fisco pelas instituições bancárias limitam-se à identificação dos titulares das operações realizadas, bem como aos montantes globais que compõem as movimentações. Tais dados não compõem a privacidade ou intimidade das pessoas, pois devem mesmo ser de conhecimento da administração tributária federal para fins de verificação do cumprimento das obrigações tributárias (LEAL, 2018).

No momento do repasse das informações bancárias ao Fisco, tais informações devem ser mantidas em sigilo, um sigilo agora de natureza fiscal. Uma vez adotada a quebra de sigilo financeiro, o dever de discrição é transferido aos destinatários das informações solicitadas (BELLOQUE, 2003, p. 68). Por sua vez, a noção de quebra do sigilo está relacionada à comunicação dos dados protegidos a terceiros, de forma ampla. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado (2006, p. 31) assevera que a Fazenda Pública não pode ser censurada por exercer o seu poder-dever de fiscalizar, mas tem o dever de manter o sigilo quanto aos fatos inerentes ao contribuinte, conhecidos no exercício desse poder-dever.

Sobre o tema, Aurélio Pitanga Seixas Filho (2008, p. 35) afirma que essa função fiscalizadora se traduziria na possibilidade de se investigarem os papéis e documentos do contribuinte,

representativos de suas operações comerciais e pessoais, escolhidas pelo legislador como causa do pagamento de impostos, bem como também papéis e documentos de terceiros relativos a essas operações do contribuinte. Tal função legal, ordinariamente concedida a uma autoridade administrativa, deve ser exercida no momento adequado e na forma conveniente e oportuna.

De fato, a Constituição Federal, em seu art. 145, §1º, estatuiu o princípio da capacidade contributiva, da seguinte forma:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Também denominado princípio da capacidade tributária, ele tem o intuito de estabelecer a real capacidade do contribuinte de pagar tributos, garantindo tratamento proporcional entre aqueles que possuem mais riquezas e os que possuem menos, de modo que cada indivíduo pague tributos conforme sua condição financeira. Para que tal princípio se efetive, a Constituição Federal faculta à administração tributária a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Pode-se entender, portanto, que a norma prevista no art. 145, §1º, da Constituição Federal, autoriza a quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais, sem a intermediação judicial.

Portanto, inexistente vedação constitucional para o acesso, por parte da administração tributária, aos dados fiscais do contribuinte, nas hipóteses previstas em lei.

Em 15 de dezembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por (apertada) maioria de votos, no julgamento do Recurso Extraordinário 389.808-PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, entendeu ser inconstitucional a quebra do sigilo bancário por ato próprio das autoridades fiscais, sob a alegação de que a decretação da quebra do sigilo bancário somente pode ocorrer mediante ordem fundamentada e emanada do Poder Judiciário (BRASIL, 2010).

Naquela oportunidade, por 5 votos a 4, o Supremo acolheu o Recurso Extraordinário 389.808 (sem repercussão geral reconhecida), em que se contestava o acesso da Receita Federal a informações fiscais de uma empresa, sem fundamentação e sem autorização judicial. A maioria dos Ministros entendeu não ser possível o acesso a tais dados sem ordem judicial.

Contudo, em 24 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria (a que foi atribuída repercussão geral), concluindo pela constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (SCHULER, 2016).

A Suprema Corte entendeu que o repasse de dados bancários para o Fisco deve ser considerado uma mera transferência de sigilo, de modo que as informações permanecem não acessíveis a terceiros, não havendo que se falar em ofensa à intimidade. Ressaltou ainda que, em caso de vazamento dos referidos dados, a própria Lei Complementar nº 105/2001 prevê as devidas consequências.

Além disso, ficou assentado que o sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder espaço ao princípio da moralidade nos casos em que transações bancárias indiquem ilicitudes, tendência

que já vem sendo adotada em vários países desenvolvidos. Outro fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal foi o de que a identificação de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária garante efetividade ao princípio da capacidade contributiva.

Há de se asseverar que o novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal já era adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº. 1.134.665/SP, decidiu pela possibilidade da quebra do sigilo dos dados bancários sem autorização judicial, nos moldes da Lei Complementar nº 105/2001 (SCHULER, 2016).

Entende-se, afinal, ser constitucional a transferência do sigilo bancário ao Fisco, de forma direta, o que caracteriza legítima medida para a contenção de práticas evasivas e elisivas.

5 CONCLUSÃO

Embora o poder de tributar decorra da soberania estatal, ele não é discricionário, pois não cabem atitudes arbitrárias por parte do Estado com relação aos indivíduos. Esse poder deve ser baseado em princípios de justiça e equidade, com respeito à legalidade, à segurança jurídica e à capacidade contributiva, a fim de se evitarem as injustiças sociais.

A outra face do poder-dever de cobrar tributos por parte do Estado é o dever do cidadão de cumprir com as suas obrigações tributárias. Trata-se do dever fundamental de pagar tributos, inerente a todos os indivíduos de uma sociedade, exatamente como contraprestação à garantia estatal de estrutura mínima para uma vida digna na coletividade. Verifica-se, portanto, que o tributo possui uma função social a ser cumprida.

A despeito da importância do pagamento dos tributos, não são poucos os indivíduos que, por meio de planejamento tributário agressivo, buscam meios para se eximirem da obrigação tributária, praticando atos que se inserem nos institutos da evasão e da elisão fiscal.

Em seu sentido amplo, a evasão fiscal consiste nas práticas ou omissões do contribuinte tendentes a suprimir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação tributária. A evasão nada mais é do que a fuga do contribuinte no sentido de não pagar os tributos devidos ao Estado.

Na elisão fiscal, por seu turno, visa-se, em princípio, impedir o próprio nascimento da obrigação tributária. No direito tributário, a palavra elisão tem sido utilizada para designar a maneira válida de evitar, retardar ou reduzir o pagamento de um tributo antes da ocorrência do seu fato gerador. Contudo, há condutas que, mesmo respeitando os termos da lei, materialmente falando, violam-na de forma indireta, em seu espírito, e, por isso, não devem ser reconhecidas como lícitas. É sob tal perspectiva que o presente estudo considera a elisão fiscal.

A elisão tributária, originalmente permitida, acabou por ser um conceito aberto, dando espaço a muitas operações com finalidade única de diminuição da carga fiscal pelo contribuinte. Diante da globalização, surgem formas negociais as mais diversas, tornando-se mais fácil dissimular a ocorrência do fato gerador.

Nesse contexto, o presente estudo analisou a possibilidade de o Poder Público, em sua atuação fiscalizadora, valer-se da quebra ou da transferência do sigilo bancário no combate de práticas como a evasão e a elisão fiscal.

Como dito, o sigilo bancário, atualmente, é compreendido como o dever dos bancos de manterem segredo sobre as informações e documentos relativos à movimentação financeira de seus clientes.

Ocorre que a garantia do sigilo bancário que protege os indivíduos pode dificultar ou mesmo inviabilizar as atividades do Fisco que, diante da proibição do acesso às informações bancárias, fica impedido de realizar fiscalização eficiente sobre as movimentações financeiras do contribuinte.

A Lei Complementar nº 105, de 2001, revogou o art. 38 da Lei nº 4.595/64, o qual regulava o acesso aos dados bancários dos contribuintes até então, acesso que só poderia ser deferido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, sendo vedada a quebra do sigilo bancário diretamente pelas autoridades fiscais. A nova lei trouxe a possibilidade de a autoridade fiscal também poder determinar a restrição do sigilo bancário, cuja constitucionalidade tem sido amplamente discutida.

É certo que a Constituição Federal traz a proteção ao sigilo dos dados como expressão de direitos fundamentais do indivíduo, o que tem gerado dúvidas quanto ao alcance dos incisos X e XII do artigo 5º, em relação ao sigilo bancário.

Ocorre que as informações repassadas ao Fisco pelas instituições bancárias limitam-se à identificação dos titulares das operações realizadas, bem como aos montantes globais que compõem as movimentações. Tais dados não integram a privacidade ou intimidade das pessoas, pois devem mesmo ser de conhecimento da administração tributária federal, para fins de verificação do cumprimento das obrigações tributárias.

No momento do repasse das informações bancárias ao Fisco, tais informações devem ser mantidas em sigilo, um sigilo agora de natureza fiscal. O dever de discrição é transferido aos destinatários das informações solicitadas.

De fato, a Constituição Federal, em seu art. 145, §1º, instituiu o princípio da capacidade contributiva. Tal princípio tem

o intuito de estabelecer a real capacidade do contribuinte de pagar tributos, garantindo tratamento proporcional entre aqueles que possuem mais riquezas e os que possuem menos, de modo que cada indivíduo pague tributos conforme sua condição financeira.

Para que tal princípio se efetive, a Constituição Federal faculta à administração tributária a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Assim, a norma prevista no art. 145, §1º, da Constituição Federal, autoriza a transferência do sigilo bancário às autoridades fiscais, sem a intermediação judicial. Inexiste, portanto, vedação constitucional para o acesso, por parte da administração tributária, aos dados fiscais do contribuinte, nas hipóteses previstas em lei.

Em 24 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

A Suprema Corte entendeu que o repasse de dados bancários para o Fisco deve ser considerado uma mera transferência de sigilo, de modo que as informações permanecem não acessíveis a terceiros, não havendo que se falar em ofensa à intimidade. Além disso, ficou assentado que o sigilo bancário não é absoluto, devendo ceder espaço ao princípio da moralidade nos casos em que transações bancárias indiquem ilicitudes. Outro fundamento utilizado foi o de que a identificação de patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela administração tributária garante efetividade ao princípio da capacidade contributiva.

Tal entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal já era adotado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº. 1.134.665/SP, decidiu pela possibilidade da quebra do sigilo dos dados bancários sem autorização judicial, nos moldes da Lei Complementar nº 105/2001.

Conclui-se, afinal, ser constitucional a transferência do sigilo bancário ao Fisco, de forma direta, caracterizando-se, assim, essa transferência, legítima medida para a contenção de práticas evasivas e elisivas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **O Planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BORGES, Antônio de Moura; MACHADO, Carolina de Paiva Queiroz. A quebra do sigilo bancário como medida antielisiva e a verificação de sua constitucionalidade. Trabalho publicado nos **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_635.pdf. Acesso em: 09 jul.2017.

BORGES, Antônio de Moura. Formas de minimização do encargo tributário nas operações internacionais e planejamento tributário internacional. **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**. Ano 6/7, nº 6/7, 2004/2005. Brasília: Fortium.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário** 389.808. Paraná. Recorrente: G. v. a Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 30. jul.2018.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Planejamento tributário**: elisão e evasão fiscal. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

HUCK, Hermes Marcelo. In: BASTOS, Roseli Quaresma. **Elisão e**

evasão fiscal: os limites do planejamento tributário. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8325. Acesso em: 01 ago. 2018.

LEAL, Aylton Dutra. **A administração tributária federal e o sigilo bancário**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/EdEspecial/sigilobancario/EdEspecialNacional/EsEspecial_Doutrina_Aylton.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Sigilo fiscal e dano moral. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 4. n. 24, nov/dez. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PAULA, Daniel Giotti de. O dever geral de vedação à elisão: uma análise constitucional baseada nos fundamentos da tributação brasileira e do direito comparado. **Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. 2001. Ano i. n.º i. p. 169. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/daniel.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Quebra de sigilo bancário pela autoridade administrativa. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 6, n. 31, jan./fev.2008.

SCHULER, Liana de Andrade Lima. O afastamento do sigilo bancário pela administração tributária. **Conteúdo Jurídico**,

Brasília-DF: 09 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55863&seo=1>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALENTE, Christiano Mendes Wolney. A verificação da constitucionalidade do acesso a informações submetidas ao sigilo bancário pela Administração Tributária Federal. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 15, maio/jun. 2005.

COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NAS ATIVIDADES DE INTERMEDIÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Gabriela Cabral Pires¹

Flávio Couto Bernardes²

Resumo: O presente artigo tem por fim a análise dos singulares desafios relacionados às políticas públicas decorrentes do desenvolvimento da economia digital. No âmbito tributário, a nova realidade fez com que os governos iniciassem estudos e editassem normas no intuito de obter maiores informações e controle sobre o correto recolhimento dos tributos. Nesse cenário, destaca-se a responsabilidade tributária do operador da plataforma de comércio eletrônico sobre os tributos devidos nas operações nacionais

1 Mestranda em Desenvolvimento e Políticas Públicas pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009). Pós-Graduada em Direito Tributário pelo CEAJUF (2010). Pós-Graduada em Gestão Empresarial com ênfase em Finanças pela Fundação Dom Cabral (2014). Especialista em Direito Tributário Internacional pela *International Tax Center* – Leiden, na Holanda, (2011). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

2 Doutor, Mestre, Especialista e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e da UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. Secretário Geral da Associação Brasileira de Direito Tributário – ABRADT. E-mail do autor: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8180-0218>.

de venda intermediadas em seu sistema, cuja regulamentação o Governo Federal pretende realizar por meio do Projeto de Lei n. 3.887/20. Apesar de o estudo realizado no presente trabalho ter identificado a violação a diversos princípios constitucionais pelo projeto de lei em questão, independentemente do formato final adotado por essa ou outra norma sobre o tema, merece atenção a atuação do contribuinte diante da nova realidade determinada pelas políticas públicas que se destinam a garantir a arrecadação tributária nas mais diversas formatações negociais. Nessa seara, destaca-se a importância dos mecanismos de *compliance* tributário na atuação do operador do *marketplace* de forma a lhe trazer maior segurança jurídica e, conseqüentemente, maiores chances de alcance da lucratividade almejada por todo empreendedor.

Palavras-chave: Direito Tributário; *Compliance*; Economia Digital; Políticas Públicas.

Abstract: This article aims to analyze the challenges related to public policies arising from the development of the digital economy. In the tax field, the new reality has stimulated governments to initiate studies and edit norms in order to obtain more information and control over the correct collection of taxes. In this scenario, is highlighted the tax responsibility of the e-commerce platform operator over the taxes due in the national sales operations intermediated in its system, whose regulation the Federal Government intends to carry out through the Law Project n. 3.887/20. Although the study carried out in this work has identified the violation of several constitutional principles by the law project in question, regardless of the final format adopted by this or another rule on the subject, it deserves attention the taxpayer's performance in the face of the new reality determined

by public policies that are intended to ensure tax collection in the most diverse business formats. In this case, the importance of tax compliance mechanisms in the performance of the marketplace operator is highlighted in order to bring greater legal security and, consequently, greater chances of achieving the profitability desired by every entrepreneur.

Keywords: Tax Law; Compliance; Digital Economy; Public Policies.

1 INTRODUÇÃO

A chamada “Era digital” tem acarretado às atividades mercantis a prática de negócios jurídicos inovadores e atípicos, afastando-se das descrições dos negócios jurídicos típicos e especiais detalhados no ordenamento jurídico pátrio, com seus inevitáveis reflexos na aplicação do direito tributário através do seu modelo de pensar conceitual. O desafio para os operadores do Direito e para os empresários, nessa seara, é identificar a tributação incidente sobre as operações que ocorrem sobretudo através das plataformas digitais e se utilizam de formatos que as diferenciam das operações tradicionais de compra e venda ou de prestação de serviços.

No cenário do período temporal que se convencionou denominar Revolução 4.0³, os impactos nos sistemas sociais

3 “O conceito de “indústria 4.0” é um conceito contemporâneo que engloba as principais inovações tecnológicas atinentes à automação, controle e tecnologia da informação, aplicadas aos meios de produção.

Representa a 4.^a Revolução Industrial baseada em processos industriais descentralizados, controlados, autonomamente, por sistemas “cyber-físicos” e pela “internet das coisas”. É, portanto, precedida pela 1.^a Revolução Industrial (1780-1870), iniciada a partir do surgimento da máquina à vapor; pela 2.^a Revolução Industrial (1870 – 1970), caracterizada pelo uso da energia elétrica, combustíveis derivado do petróleo e o aço; e pela 3.^a Revolução Industrial (1970 – Dias atuais),

econômico e jurídico têm levado ao questionamento da forma de estruturação dos negócios jurídicos a partir da adoção de mecanismos comerciais que permitem a reformulação da realização dos negócios de forma a gerar maior lucratividade e entregar produtos e serviços mais adequados aos perfis dos consumidores.

Noutra mão, o desenvolvimento da economia digital traz consigo uma gama de singulares desafios relacionados às políticas públicas, as quais passam a demandar adaptações para se tornarem ou se manterem eficazes. A partir dessa constatação, não só no âmbito internacional, principalmente por meio dos relatórios do *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS, mas também no âmbito nacional, os governos iniciaram estudos e editaram normas cujo objetivo seria obter maiores informações e controle sobre o correto recolhimento dos tributos.

Estas alterações estruturais nos sistemas sociais que têm levado os *inputs* necessários ao sistema jurídico e a respectiva discussão da sua autopoiese, ou seja, da necessidade de modificações das regras vigentes no ordenamento. Ademais, a adaptação às novas estratégias econômicas e seus reflexos negociais demandam tanto do setor produtivo como do setor público a inevitável adaptação dos seus mecanismos de controle. Exatamente aqui se insere a importância da *compliance* para que o novo atual encontre conformidade com os mandamentos estabelecidos nos textos normativos.

ocasionada pelo avanço da eletrônica, sistemas computadorizados e pela robótica).

O termo “Indústria 4.0” surgiu a partir de um projeto do governo alemão²⁷ que visava o desenvolvimento das tecnologias voltadas para as indústrias, objetivando, sobre tudo, aumentar a competitividade, através de “fábricas inteligentes”. Tais unidades de produção “inteligentes” seriam proporcionadas através da conexão de máquinas, sistemas e ativos criando redes inteligentes ao longo do processo produtivo controladas autonomamente, ou seja, com intervenção humana ínfima, consoante o tratamento das informações produzidas pela cadeia produtiva e pela demanda de produção.” (AMORIM, 2017)

Dentre os inúmeros desafios encontrados pelos operadores do direito diante da realidade posta, destaca-se, para fins de recorte metodológico do presente estudo, a responsabilidade tributária do operador da plataforma de comércio eletrônico sobre os tributos devidos nas operações nacionais de venda intermediadas em seu sistema, examinando-se inclusive a validade da proposta de alteração da legislação fiscal federal que pretende inserir significativa mudança nestas regras com relação às contribuições.

Alguns Estados brasileiros iniciaram o processo legislativo em busca de maior segurança jurídica aos envolvidos na operação com o *marketplace*, como é o caso do Estado de São Paulo, cuja Lei Estadual n. 13.918/09 determinou que são responsáveis solidários pelo pagamento do ICMS incidente sobre a venda os prestadores de serviço de intermediação comercial em ambiente virtual e prestadores de serviços relacionados ao comércio eletrônico. Isso significa que na ausência do pagamento do ICMS pelo vendedor do produto, o tributo pode vir a ser exigido do operador da plataforma digital.

Na mesma ordem de ideias é a proposta de responsabilização das plataformas digitais pelo recolhimento de contribuição incidente sobre a receita bruta devida na operação realizada por seu intermédio quando a pessoa jurídica vendedora não registrar a venda mediante a emissão de documento fiscal eletrônico. Essa previsão, que será objeto de análise no presente trabalho, integra a primeira etapa da reforma tributária apresentada pelo Governo Federal através do Projeto de Lei n. 3.887/20, que visa a instituição da Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS em substituição às contribuições ao PIS e a Cofins.

Partindo do cenário da economia digital nas operações nacionais somada à proposta de reforma tributária em tela, busca-se

identificar como o trabalho de *compliance* tributário pode auxiliar o operador das plataformas a se resguardar da responsabilidade que lhe pode ser imputada.

Ademais, o *compliance* permite aos empresários conhecerem a fundo os riscos que envolvem o negócio e, assim, se utilizarem de ferramentas para se respaldar e evitar futuros questionamentos sobre a legitimidade dos institutos declarados e submetidos a tributação.

A metodologia adotada foi a qualitativa, com pesquisa de doutrinas jurídica, legislação e jurisprudências, tendo sido elaborada a pesquisa com a finalidade de se submeter à publicação do renomado Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, considerando o subitem “mudanças institucionais e efetividade do direito na ordem social e econômica”, constante no Edital de chamada para a publicação. Isto porque, a alteração relativa à nova era digital originam impactos importantes no sistema jurídico, como acontece na ordem democrática, aqui tendo sido direcionado a delimitação do problema para seus reflexos na efetividade da ordem econômica e social, com o enfoque do *compliance* e da tributação.

2 A NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES RELACIONADAS AO COMÉRCIO ELETRÔNICO.

Desde a constituição de uma sociedade, é de extrema relevância a análise jurídica da operação, análise por meio da qual será definida a estrutura legal da empresa e será descrita a forma societária adotada. O estudo em questão ainda abrange a avaliação dos possíveis questionamentos jurídicos que possam envolver a atividade a ser exercida.

O mercado de comércio eletrônico tem se mostrado como um dos mais promissores da atualidade. Essa característica se intensificou diante da imposição de isolamento social decorrente da pandemia causada pelo vírus Covid-19, iniciada em março de 2020, sendo que a mudança de hábitos dos consumidores dificilmente será revertida ao *status quo ante*.

Estudo realizado pela Receita Federal do Brasil (BRASIL, 2020) averiguou que em 2020, o comércio eletrônico teve crescimento exponencial em quantidade e em volume, especialmente a partir de março, em virtude do estado de calamidade pública pandêmico. Em comparação com o mesmo mês de 2019, a média diária de vendas apuradas em 2020 cresceu 20,6% em março, 17,5% em abril, 37,4% em maio e 73,0% em junho. Ainda que a permissão para a reabertura das lojas físicas, após o período de isolamento social imposto pela pandemia, venha a afetar esses índices, é improvável que a realidade mude por completo e os consumidores deixem de realizar as compras no ambiente virtual. O desafio das empresas que atuam no setor, então, é se planejarem para que continuem ativas independentemente da mudança de hábitos sociais.

As vendas de mercadorias em ambiente virtual podem ser realizadas por uma extensa variedade de mecanismos e plataformas tecnológicos, mas a determinação do negócio jurídico efetivamente realizado pelo operador da plataforma causa dúvidas e tem sido objeto de autuações fiscais, já que existem relevantes impactos tributários nessa definição.

Trabalho elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (OCDE, 2018) sobre os desafios tributários enfrentados pelas empresas que atuam no comércio digital apresenta um levantamento de quatro linhas de negócios que podem ser parte da cadeia da economia digital, seja

de forma isolada, seja de forma conjunta, em uma só empresa, sendo que todos os modelos de negócios se utilizam de websites, aplicativos ou interfaces similares para promover a venda de produtos e interagir com os clientes.

O primeiro deles, o *multi-sided platform* (ou plataforma de múltiplas faces, chamada também de *marketplace*), caracteriza-se por permitir aos usuários finais transacionarem entre si por meio da plataforma, de forma que o fornecedor absorva as responsabilidades. São exemplos desse modelo de negócios a Uber, o Airbnb, a Amazon *Marketplace* e o Ifood.

O negócio que se baseia na revenda (*e-commerce*), por sua vez, consiste naquele em que o proprietário da plataforma adquire o produto, bem como seus direitos relacionados à propriedade intelectual, e os revende aos usuários finais. Assim, cabe ao revendedor controlar os preços e assumir a responsabilidade em face do cliente, assim como ocorre nas operações do Spotify, da Amazon e-commerce e do Netflix.

Verticalmente integrados são, por sua vez, os modelos de negócios que abrangem mais de uma fase da cadeia, ou que adquiriram os negócios de seus fornecedores, integrando a cadeia de operações, tal como se vê no caso da Amazon e-commerce, que detém o armazenamento e a logística de entrega dos produtos, ou como o Netflix, que em alguns casos produz os filmes colocados à disposição em sua plataforma.

Por fim, os fornecedores de insumos se relacionam com a empresa que interage com o cliente final, disponibilizando os insumos necessários ao processo de produção de bens ou serviços.

As implicações tributárias relacionadas a cada um dos modelos de negócios em questão são as mais diversas, em especial diante do sistema tributário brasileiro, um dos mais complexos

do mundo no que se refere à incidência sobre a base econômica intitulada “consumo”. O presente estudo tem por foco principal a atividade exercida pelo operador da plataforma de múltiplas faces, chamada também de *marketplace*, por meio da qual se prestam serviços de intermediação, onde a detentora do sítio eletrônico figura na posição de agenciadora de compradores e vendedores.

Em algumas hipóteses, o *marketplace* recebe diretamente a integralidade do valor devido pelo produto vendido e repassa ao fornecedor esse preço, já descontado do valor que cobra pela prestação do serviço de intermediação. Nessa hipótese, as empresas reconhecem em seus resultados tão somente a receita relacionada ao serviço de intermediação realizado, enquanto os demais valores - repassados ao vendedor - apenas transitam por contas de ativo e passivo, na medida em que correspondem a meros ingressos de receitas de terceiros.

A comissão ou o preço do serviço prestado, em geral, é cobrado dos vendedores dos produtos oferecidos na plataforma digital, mas essa não é uma regra. Nesse aspecto, o importante é que o site ofereça de forma clara as informações acerca da operação efetivamente realizada.

A título exemplificativo, o Decreto Federal n. 7.962/13 determina que os sítios utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, dentre outras informações o nome empresarial e número de inscrição no CNPJ (quando houver) do fornecedor da mercadoria. Daí a relevância dos termos de uso e das demais informações constantes do sítio, que devem ser claras o suficiente para comprovar que o serviço prestado é de intermediação de negócios, não de revenda de produtos.

Os preços cobrados pela operação de intermediação de negócios sujeitam-se à incidência do ISS – Imposto Sobre Serviços, de competência municipal, enquadrando-se como “serviços de intermediação e congêneres”. O município competente para a exigência do ISS incidente sobre o serviço de intermediação de bens é aquele onde se localiza o estabelecimento prestador, conforme regra geral contida no art. 3º da Lei Complementar n. 116/03 (BERNARDES, ALMEIDA e LOBATO, 2020).

Tendo em vista a dinâmica intrinsecamente relacionada às operações realizadas no meio virtual, a legislação e a jurisprudência pátrias ainda não trouxeram aos contribuintes definições seguras acerca da incidência dos tributos, em especial devido à dificuldade de enquadramento das novas atividades aos conceitos fechados previstos em lei.

Ainda em relação aos riscos envolvidos na operação, o reconhecimento da receita de terceiros (vendedores efetivos), que pode vir a transitar pelas contas de titularidade do operador da plataforma de *marketplace*, consiste em aspecto sensível no que diz respeito aos reflexos tributários, vez que elas devem ser excluídas das bases de cálculo das contribuições ao PIS e a Cofins, ambas de competência da União, incidentes sobre a receita.

Cite-se como exemplo o julgado do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF que tornou explícita a importância da comprovação da natureza dos ingressos financeiros de terceiros nas contas do contribuinte, sendo imprescindível que haja documentos probatórios que justifiquem o trânsito dos valores. No julgamento em questão, os conselheiros da última instância administrativa de recursos federais concluíram que (BRASIL, 2020):

devem ser considerados como receita, para fins do PIS e da COFINS, os bens e direitos que impliquem

efetivo aumento patrimonial, vale dizer, que realmente influenciem o resultado do período, tendo sido recebidos com a finalidade de se agregarem ao patrimônio existente.

O mesmo CARF já se pronunciou, em outra oportunidade, no sentido de que a “intermediação de vendas e serviços pela agência de turismo configura operação em conta alheia, de modo que os valores recebidos a esse título não configuram receita, mas somente ingresso contábil de recursos” (BRASIL, 2016).

Ainda assim, o posicionamento do Fisco em relação especificamente ao comércio eletrônico não é consolidado, dado o pequeno número de julgados sobre o tema, motivo pelo qual há chances de existirem entendimentos divergentes que venham a resultar em autuações, não obstante a vasta fundamentação contábil e jurídica acerca da matéria.

As interpretações divergentes das autoridades fazendárias quanto ao enquadramento das atividades podem culminar em autuações de diversas naturezas, dentre as quais se destacam aquelas decorrentes do eventual entendimento de que o *marketplace* configura uma operação de *e-commerce* de mercadorias. Nesse caso, o risco encontra-se principalmente nas autuações: (i) pela Receita Federal, em razão da suposta omissão de receitas, com a inclusão do valor integral cobrado do cliente na base de cálculo dos tributos sobre a receita acrescidos de multa e juros; e (ii) pelo Fisco Estadual, com a exigência do ICMS sobre o valor total da operação, também acrescido de multa e juros.

Destarte, na ausência de normas claras acerca das operações virtuais e diante da divergência de entendimentos sobre as leis existentes, como se verá de forma detalhada adiante, o trabalho de *compliance* tributário é de extrema importância

desde a configuração inicial do negócio. De posse de consistente estudo sobre as características das atividades a serem exercidas, o gestor tem mais fundamentos para elaborar um plano de negócios conciso, ainda que venha a considerar os riscos que envolvem determinado modelo a ser adotado, considerando a possibilidade de ser enquadrado como sujeito passivo por responsabilidade tributária.

Conhecendo a fundo os riscos que envolvem o negócio, o empresário tem ferramentas para se respaldar e evitar futuros questionamentos sobre a legitimidade dos institutos declarados e submetidos à tributação.

3 A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROPOSTA DE REFORMA TRIBUTÁRIA DO GOVERNO FEDERAL.

No intuito de se estabelecer a definição de responsabilidade tributária, torna-se imperioso traçar algumas considerações acerca do termo responsabilidade, uma vez que a discussão se vincula ao estudo da obrigação tributária, inserindo-se, portanto, na teoria geral das obrigações, preconizada pelos civilistas.

O conceito de responsabilidade deve ser utilizado de forma uniforme no ordenamento jurídico, evitando-se casuísmos em seus diversos ramos de estudo e assegurando a lógica de sua unicidade, pois em todos se identifica uma série de obrigações que seguem um regime geral único (teoria geral), mas que possuem particularidades (que não desvirtuam o conceito geral) apresentadas pelo direito positivo.⁴

4 “A diversidade decorreria de que à Teoria Geral do Direito incumbiria o estudo

Logo, destacada a natureza jurídica do negócio jurídico pesquisado e as consequências tributárias decorrentes dos possíveis modelos adotados, com ênfase no *marketplace*, necessária a compreensão da norma jurídica que estabelece conceitualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, a sujeição passiva tributária.

Assim, poder-se-á compreender as situações econômicas derivadas do comércio eletrônico em que seu operador efetivará o recolhimento do crédito tributário na condição de contribuinte, isto é, em razão de negócio jurídico próprio, daquelas em que poderá figurar como responsável tributária, ou seja, atraindo para si o dever obrigacional de efetuar o pagamento de negócio praticado por terceiro (BERNARDES, 2006).

3.1 Sujeição passiva indireta no Código Tributário Nacional.

O capítulo do Código Tributário Nacional – CTN que trata da responsabilidade tributária se inicia com a previsão do artigo 128, segundo a qual:

Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

de categorias genéricas, distintas das categorias específicas, estudadas pelas disciplinas jurídicas particulares. Mas, se a ciência jurídica, no sentido estrito, tem por objeto o estudo das categorias específicas, pode dedutivamente construir as categorias genéricas, sem ultrapassar a demarcação do seu objeto de investigação teórica, o sistema do direito positivo.” (BORGES, 1999)

Segundo lições do professor Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020), o dispositivo em questão enquadra-se entre as restrições ao poder de tributar, o que significa que é uma norma destinada ao legislador e que tem por fim proteger o contribuinte. A fim de evitar o arbítrio e a opressão por parte do Estado, esse dispositivo restringe as hipóteses em que o legislador pode determinar a responsabilidade tributária aos sujeitos vinculados ao fato gerador do tributo, além de determinar a necessidade de previsão por meio de lei e de forma expressa.

A norma em tela garante ao Estado produzir leis que tornem a arrecadação eficaz e, em contrapartida, garante ao responsável pelo recolhimento o direito ao ressarcimento. Assim, o princípio da capacidade contributiva, entendida como “a condição econômica do contribuinte para pagar tributo, para transferir parcela de sua renda ou patrimônio em benefício do Estado” (BERNARDES; AZEVEDO BRANCO, 2009), **não deixa de ser importante por força de uma norma de responsabilidade tributária. Pelo contrário, permanece incólume a premissa segundo a qual a capacidade contributiva a ser alcançada pela tributação é a do sujeito que pratica o fato gerador, mas não a do responsável tributário.**

Sobre a matéria, ensina Ruy Barbosa Nogueira (NOGUEIRA apud COÊLHO, 2020):

Se pensarmos no aspecto econômico da tributação, é fácil compreendermos a razão ou necessidade desta vinculação do contribuinte ou responsável ao fato econômico tributado, não só porque a vantagem ou resultado dele decorrente é que vai possibilitar o pagamento do tributo ao fisco, mais ainda porque assim a lei atenderá ao princípio fundamental de justiça tributária, segundo o qual se deve atingir a

capacidade econômica do contribuinte – capacidade contributiva.

Nesse sentido, o alcance da capacidade contributiva somente será possível na medida em que o responsável substituto puder recuperar o ônus que lhe foi imputado pela lei tributária, seja pelos efeitos da substituição, seja pelos da sub-rogação (como prevê o art. 346, inciso III, do Código Civil).

A título exemplificativo, cite-se o ICMS devido pelo distribuidor em operação alcançada pela substituição tributária. O tributo é recolhido pelo fabricante do produto, que cobra do seu cliente (distribuidor) o valor do ICMS que recolhe em seu nome, como substituto, juntamente com o preço da mercadoria e, assim, repassa o ônus tributário ao contribuinte cuja capacidade contributiva o legislador intentou alcançar. Sobre a substituição tributária do ICMS, especificamente, o professor Sacha Calmon alerta que é importante que o operador do direito verifique se o substituto, de fato, tem condições de se ressarcir financeiramente do ônus tributário por meio do modelo de negócio adotado.

Paulsen (2020) lembra que ainda que a Constituição da República se refira expressamente ao princípio da capacidade contributiva somente no parágrafo único do artigo 145, que trata especificamente dos impostos, ele consiste em princípio fundamental de tributação aplicável a todas as espécies tributárias. Por força do princípio em questão, a contribuição de cada cidadão com as despesas públicas deve se dar na medida da sua capacidade econômica, refletindo a justiça fiscal.

Segundo Tipke (2002), não existe um critério de justiça único para todo o Direito, sendo necessário identificar qual princípio ou critério é adequado para que cada ramo do Direito seja considerado justo. No Direito Tributário, o princípio da capacidade contributiva

serve de direção - a não ser nos casos de normas extrafiscais - e só pode ser sacrificado por princípios considerados do mesmo valor. Por força do princípio em questão, a contribuição de cada cidadão com as despesas públicas deve se dar na medida da sua capacidade econômica, refletindo a justiça fiscal.

O artigo 128 do CTN, assim, garante a necessidade de observância da capacidade contributiva nos casos de substituição tributária, quando o substituto recolhe tributo próprio decorrente de fato gerador alheio. Todavia, o que importa para fins da presente análise é o fato de que a capacidade contributiva em questão também se aplica à responsabilidade tributária daqueles que se obrigam ao pagamento de tributo devido por terceiros, como ocorre na sucessão causa mortis ou por falência. A essa responsabilidade dá-se o nome de sujeição passiva indireta, a qual é sistematizada como transferência ou sub-rogação passiva da obrigação de dar a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação.

3.2 O Projeto de Lei n. 3.887/2020: breves apontamentos sobre a sua constitucionalidade.

Diante da patente necessidade de promoção de reforma no Sistema Tributário Nacional, estão em processo de análise pelo Congresso Nacional, até a data de conclusão do presente trabalho, três diferentes propostas de reforma. Dentre elas, será objeto de análise o Projeto de Lei n. 3.887/2020, de iniciativa do Poder Executivo, o qual visa instituir a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços – CBS, em substituição às contribuições federais para o PIS e a Cofins.

À semelhança das atuais contribuições sociais que se pretende extinguir, a CBS incidiria sobre a receita bruta auferida nas operações com bens e serviços no mercado interno ou em importações, com a diferença de possuir uma alíquota única de 12%, salvo poucas – embora relevantes - exceções.

No que tange especificamente ao tema ora trabalhado, a proposta de lei traz as seguintes previsões:

Art. 5º - As plataformas digitais são responsáveis pelo recolhimento da CBS incidente sobre a operação realizada por seu intermédio nas hipóteses em que a pessoa jurídica vendedora não registre a operação mediante a emissão de documento fiscal eletrônico.

Art. 6º - Para fins desta Lei, considera-se plataforma digital qualquer pessoa jurídica que atue como intermediária entre fornecedores e adquirentes nas operações de vendas de bens e serviços de forma não presencial, inclusive na comercialização realizada por meios eletrônicos.

Parágrafo único. Não são consideradas plataformas digitais as pessoas jurídicas que executem somente uma das seguintes atividades:

I - fornecimento de acesso à internet;

II - processamento de pagamentos;

III - publicidade; ou

IV - procura de fornecedores, desde que não cobrem pelo serviço com base nas vendas realizadas.

O artigo 5º supra transcrito consiste em verdadeira previsão de sujeição passiva indireta, na medida em que determina que

o operador da plataforma digital passa a ser o responsável pelo recolhimento do tributo na hipótese de o contribuinte (vendedor) não emitir documento fiscal eletrônico. A partir do artigo 6º, constata-se que se pretende impor a responsabilidade subsidiária ao operador do *marketplace*, conforme definição anteriormente apresentada.

Nas razões que justificam o encaminhamento do Projeto de Lei pelo Ministro da Fazenda à apreciação do Presidente da República, o fundamento encontrado para a inclusão das regras sobre a economia digital é a recomendação da OCDE, especificamente o relatório do *Action 1* do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Esse Plano de Ação tem por fim identificar as dificuldades das administrações tributárias referentes à exigência dos tributos sobre a renda e sobre o valor adicionado nas transações internacionais.

Conforme mencionado no estudo da OCDE (2018) sobre os desafios da economia digital, que cuida dos planos de ação do BEPS, as políticas de tributação sobre o faturamento nas operações internacionais têm, em geral, o objetivo de alcançar a neutralidade nas condições de concorrência entre fornecedores locais e aqueles localizados em países estrangeiros. No sentido da busca pela neutralidade, a proposta do Governo sugere manter a tributação incidente na importação realizada por não contribuinte, sendo a responsabilidade pelo recolhimento atribuída aos fornecedores estrangeiros.

Todavia, não há no documento elaborado pelo Ministro da Fazenda justificativa específica acerca da imposição da responsabilidade pelo recolhimento do tributo, de forma subsidiária, nas operações ocorridas no mercado interno. Apesar da clara natureza arrecadatória e funcional da disposição, diversos

aspectos relacionados à realidade prática das operações ocorridas por meio de plataformas digitais podem tornar a previsão inócua, de difícil implementação e até mesmo inconstitucional.

Primeiramente, em se tratando da não cumulatividade, muito embora esse princípio seja observado de forma geral na redação da proposta, não há previsão de apropriação de créditos pela sociedade operadora da plataforma digital que recolher o tributo devido pelo vendedor das mercadorias, principalmente porque não foi ela quem adquiriu a mercadoria para revenda ou o insumo para a produção de mercadoria vendida. Ademais, o projeto de lei ainda é claro ao determinar que a apropriação dos créditos estaria condicionada à existência de documento fiscal idôneo (artigo 10), documento esse que não existe no caso de responsabilização do *marketplace*.

Do ponto de vista operacional, a previsão da responsabilidade subsidiária encontra diversos óbices relacionados aos modelos de negócios que podem vir a ser adotados pela sociedade operadora do *marketplace*, que vão desde a disponibilização do espaço virtual para redirecionamento ao sítio do vendedor, onde ocorre a transação efetivamente, até a prestação de serviço mais completo, abrangendo o processamento dos pagamentos e a gestão logística de entrega de produtos. Veja-se que a atribuição de responsabilidade por fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias por seus clientes possui graus muito distintos de complexidade, a depender da abrangência do serviço prestado pelo *marketplace*.

Nesse ponto, é possível encontrar o segundo problema relacionado à previsão do art. 5º do PL, qual seja, a complexidade e o alto ônus financeiro das empresas de *marketplace* para fiscalizarem a emissão das notas fiscais pelos seus clientes, vendedores dos produtos dispostos em sua plataforma.

Vale mencionar, ainda, que a emissão dos documentos fiscais pelo vendedor não ocorre, necessariamente, no momento da conclusão do negócio dentro da plataforma, mas somente quando da remessa física das mercadorias. Assim, o controle por parte do *marketplace* do cumprimento das obrigações acessórias pelos vendedores representa tamanha complexidade de operação e conseqüente custo das medidas de controle, que pode vir a inviabilizá-las, principalmente daquelas empresas de menor porte. Nesse aspecto, a disposição do PL representa afronta ao livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrado no parágrafo único do artigo 170 da Constituição da República.

Por fim, mas não menos importante, há de se observar a imperatividade já mencionada de respeito ao princípio da capacidade contributiva. A plataforma não detém capacidade econômica relacionada ao valor da mercadoria cuja operação deixou de ser lastreada por meio de nota fiscal. Sua capacidade econômica se limita ao valor cobrado pelo serviço prestado, sendo que na maioria das vezes o preço cobrado pela mercadoria é repassado ao vendedor antes da entrega efetiva do produto e da correspondente emissão de documento fiscal. Até mesmo quando atuam no processamento de pagamentos, as intermediárias não detêm, necessariamente, o controle da emissão das notas fiscais.

Nas tradicionais hipóteses de responsabilidade tributária pelo pagamento de tributo devido por terceiros, como na sucessão por falência ou *causa mortis*, os responsáveis possuem poder de gestão sobre o patrimônio dos contribuintes, motivo pelo qual se sujeitam à responsabilidade subsidiária pelo recolhimento do tributo, como bem lembra Coelho (2020):

Os terceiros do art. 134 do CTN ou representam incapazes (filhos, tutelados, curatelados), ou são

mandatários (administradores de bens de terceiros, inventariantes, administradores judiciais), ou são órgãos de representação (sócios de sociedades de pessoas), ou são delegatários de funções públicas (tabeliães, escrivães, serventuários). Conseqüentemente, devem estar à frente dos negócios e deveres dos seus, deles, dependentes e representados.

O signo de riqueza indicativo de capacidade contributiva somente ultrapassa o patrimônio sucedido, hipótese em que os responsáveis respondem solidariamente, nos casos em que estes têm ingerência sobre as propriedades e os atos dos contribuintes, o que não é o caso em estudo, em que o sujeito passivo indireto não tem qualquer relação jurídica com o aspecto material da hipótese de incidência do tributo. Justamente com vistas a garantir a observância da capacidade contributiva é que optou o legislador por incluir no artigo 128 do CTN a limitação da responsabilização pelo crédito tributário tão somente a terceira pessoa que seja vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação.

A título comparativo, a Lei Complementar n. 87/96, instituidora do ICMS, contém em seu artigo 5º a previsão de que a lei estadual poderá “atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo”.

Nesse caso, diferentemente do proposto pelo Governo Federal para a CBS, é necessária a comprovação de que o terceiro a que se atribui a responsabilidade agiu de forma concorrente para a ausência de recolhimento. Ainda assim, na esteira do que até o momento se analisou, Coêlho destaca que “o art. 5º, dedicado à

responsabilidade de terceiros, é evidentemente excessivo. Quem não pode intervir em ato alheio não pode ser por ele responsabilizado contra o art. 128 do CTN.”

Fazendo-se um paralelo com a previsão do artigo 5º da proposta do Governo, verifica-se ainda maior excesso, vez que, em regra, o operador do *marketplace* **não pode intervir nos atos praticados pelos vendedores que ofertam produtos em sua plataforma e ainda não** se vincula ao fato gerador obrigação tributária decorrente da venda.

Ademais, é de se notar que a sujeição passiva indireta demanda respeito ao princípio da capacidade contributiva, segundo o qual a contribuição de cada cidadão com as despesas públicas deve se dar na medida da sua capacidade econômica, refletindo a justiça fiscal. Esse sujeito responsabilizado de forma subsidiária, diante do descumprimento da obrigação tributária pelo contribuinte, não detém o signo de riqueza indicativo de capacidade contributiva, não podendo, portanto, ser responsabilizado pelo ônus tributário.

4 COMPLIANCE TRIBUTÁRIO E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA.

Sem dúvida que a complexidade adotada ao se tentar atribuir um dever jurídico a terceiro que não tem o devido controle dos negócios jurídicos intermediados, como destacado anteriormente, implicará a necessidade de ajustes sistêmicos da operação realizada com significativos impactos não só de investimento, mas também organizacionais.

Exatamente a custosa adaptação ao cenário pretendido, a par da discussão de sua validade jurídica, que entrelaça a matéria ao

denominado *compliance* tributário, considerando a obrigatoriedade de se submeter não só ao cumprimento das obrigações acessórias que serão derivadas da proposta, mas de se evitar a criação de passivos fiscais que possam inviabilizar o negócio, além da possibilidade da prática de crimes contra a ordem tributária, ainda que não exista o elemento doloso, por incrível que pareça!

4.1 Sobre o *Compliance* Tributário.

Não obstante a identificação de afronta aos princípios constitucionais do livre exercício da atividade econômica, da não cumulatividade e da capacidade contributiva, merece atenção a forma de atuação do contribuinte diante da possível aprovação do Projeto de Lei n. 3.887/20 pelo Congresso Nacional ou de texto com redação semelhante.

Nessa seara, convém destacar a importância dos mecanismos de *compliance* tributário na atuação do operador do *marketplace* de forma a lhe trazer maior segurança jurídica e, conseqüentemente, maiores chances de alcance da lucratividade almejada por todo empreendedor.

Apesar de o termo *compliance* ser cada vez mais comum no meio empresarial, a extensão de seu significado nem sempre é bem compreendida. A tradução literal do termo em inglês remete ao cumprimento, ou à conformidade, o que, no campo do direito, relaciona-se à observância das leis. Mas a prática não se limita ao cumprimento das leis, mesmo porque ele sempre foi imperativo por força do princípio da legalidade, constitucionalmente previsto.

A origem desse movimento é associada à legislação dos Estados Unidos do final da década de 70, conhecida como FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*, embora a preocupação com o maior

controle das operações financeiras e com a confiança do mercado em face dessas operações já pudesse ser observada desde a crise da bolsa, em 1929. As disposições do FCPA, emendadas no ano de 1998, tratam principalmente de medidas antissuborno a que estão sujeitas as empresas americanas e aquelas que tenham atividades no território dos Estados Unidos.

Essa e outras normas internacionais subsequentes foram responsáveis pelo início do movimento no Brasil de adequação das empresas mesmo na ausência de lei nacional a esse respeito, já que o programa de *compliance* tornou-se uma exigência de contratação por parte de várias empresas multinacionais. A cultura em questão foi reforçada pela instituição da Lei n. 12.846/13 e de sua regulamentação através do Decreto n. 8.420/15, por meio dos quais foram estabelecidas sanções para responsabilizar as pessoas jurídicas e os responsáveis envolvidos em ato ilícito praticado contra a administração pública.

Dentre as hipóteses de atenuação das sanções previstas na lei em comento, encontra-se “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (inciso VII do art. 7º da Lei n. 12.846/13), os quais se enquadram no conceito de *compliance* mundialmente adotado.

Trata-se da adequação das atividades da empresa aos seus propósitos, princípios e também às normas. Justamente por esse motivo, o *compliance* usualmente se relaciona às práticas anticorrupção e a questões éticas das tomadas de decisões, norteadas por regras internas de conduta.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (2017), em estudo intitulado “*Compliance à luz da governança corporativa*”,

destaca que o termo significa “a busca permanente de coerência entre aquilo que se espera de uma organização - respeito às regras, propósito, valores e princípios que constituem sua identidade - e o que ela de fato pratica no dia a dia”.

Vale, ainda, trazer à baila o conceito de *compliance* apresentado no Guia para Programas de *Compliance* desenvolvido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (BRASIL, 2016):

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.

Por meio dos programas de *compliance*, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de *compliance* terá resultados positivos quando conseguir inculcar nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.

Nesse sentido, as medidas de controle de informações privilegiadas, a revisão de contratos comerciais à luz do direito, as auditorias internas e o exame de deveres instrumentais (como as obrigações acessórias tributárias) consistem em alguns dos controles cuja finalidade é garantir que os processos estejam de acordo com as normas, mitigando os riscos de erro, fraude ou interpretações diversas a que estão sujeitos os empresários.

A gestão de riscos se associa ao *compliance* na medida em que ela significa a criação de procedimentos e processos que garantam o monitoramento das atividades de forma suficiente a evitar perdas financeiras, gerando maior confiabilidade e segurança entre os *stakeholders*.

Esse resumo das atividades do profissional de *compliance* usualmente leva ao entendimento de que, na seara tributária, a atuação se limitaria ao cumprimento dos deveres instrumentais denominados obrigações acessórias. Todavia, o conceito vai além, estendendo-se à construção interpretativa das normas e a sua adequação aos fatos ocorridos no mundo fenomênico.

Os mecanismos e processos em questão podem vir a ter inúmeros objetivos, dentre os quais se destacam o cumprimento das normas tributárias vigentes, a prevenção de demandas administrativas e judiciais, a redução do passivo tributário, o impedimento de estratégias abusivas de gestão tributária e a demonstração para potenciais investidores e clientes de que a empresa é confiável. Todos eles convergem para a minimização dos riscos negociais, principalmente na fase de elaboração de plano de negócios e de planejamentos tributários. Sobre *compliance* tributário, ensina Xavier (2020):

Aplicando este conceito ao universo tributário (dentro do qual o que não falta são normas a serem cumpridas, registre-se...) podemos construir que o *compliance* tributário é um programa interno que congrega medidas que visem direcionar as ações dos atores da relação obrigacional tributária, para em neles desenvolver uma incorruptível cultura de respeito e integral cumprimento daquilo que lhes determinam a Constituição da República, bem como

as leis complementares e ordinárias em matéria tributária.

Dessa forma, no âmbito tributário o *tax compliance* relaciona-se ao respeito às regras, propósito, valores e princípios que constituem a identidade de uma companhia e ao grau de cumprimento pelos contribuintes das normas tributárias. Para além de fins altruístas e morais, o *compliance* é importante fator de mercado, tanto em decorrência da atuação dos órgãos de controle (como a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras e o Banco Central do Brasil), quanto devido à exigência de acionistas, clientes e potenciais investidores, que realizam intenso trabalho de investigação das práticas e dos passivos da empresa, a exemplo das *due diligences*.

Importa, ainda, salientar que merece ser ultrapassada a mentalidade comum no Brasil segundo a qual o bom gestor é aquele que se utiliza de sua qualificação técnica para identificar e implantar “oportunidades de economia de tributos”, independentemente do fato de que essa prática possa ultrapassar os limites da elisão tributária e configurar sonegação fiscal. Tendo por base a concepção do dever fundamental de pagar impostos, o professor Bernardes e Azevedo (2009) ensinam que:

(...) não se pode admitir que o cidadão-contribuinte está autorizado a deturpar os negócios jurídicos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, numa interpretação distorcida da sua causa e de sua finalidade, para atingir o resultado pretendido: reduzir a incidência de sua carga tributária.

Ainda que, culturalmente, o Brasil não tenha enraizada a concepção do exercício da cidadania fiscal como forma de atuação

solidária em face da sociedade, envidar esforços para que os procedimentos internos e as tomadas de decisão ocorram dentro dos limites legais consiste em relevante forma de evitar autuações fiscais.

O risco tributário no Brasil advém de uma legislação extremamente complexa, das mais diversas interpretações dessas normas (inclusive pelo próprio Poder Público) e do equivocado entendimento de que existem modelos “pré-fabricados” de estruturação empresarial. O *compliance* é um mecanismo poderoso de neutralização desses riscos cujo objetivo é construir um instrumento eficiente para detectar os desvios e promover as correções preventivas, mostrando-se imprescindível à saúde financeira e à segurança de atuação das empresas.

Diante desse cenário, verifica-se que a implementação do *compliance tributário* representa medida de extrema importância diante da possibilidade de o Estado vir a exigir do intermediário das operações de comércio eletrônico a fiscalização ou controle do cumprimento de normas tributárias por seus clientes, além de extremamente oneroso e com possibilidade de comprometer as pequenas empresas no viés concorrencial.

4.2 Compliance tributário e a responsabilidade do sujeito passivo indireto.

A importância do trabalho de *compliance* tributário para as sociedades que atuam no mercado da economia digital tem diversos vieses. Primeiramente, como mencionado, na ausência de normas claras acerca das operações virtuais no ordenamento jurídico brasileiro e diante da divergência de entendimentos sobre as leis existentes, o trabalho de *compliance* tributário é de extrema

relevância desde a configuração inicial do negócio.

De posse de um consistente estudo sobre as características das atividades a serem exercidas, o gestor tem mais fundamentos para elaborar um plano de negócios conciso, ainda que venha a considerar os riscos que envolvem determinado modelo a ser adotado. Desta forma, o trabalho de *compliance* se inicia juntamente com a delimitação da atividade que a sociedade pretende exercer, sendo que as variáveis relacionadas a cada um dos modelos de negócios possíveis no comércio eletrônico trazem consigo diferentes considerações no que tange aos reflexos tributários.

Considerando especificamente a matéria da responsabilidade subsidiária das plataformas digitais que atuam na intermediação de vendas, ainda que a eventual aprovação do projeto apresentado pelo Governo seja posteriormente regulamentada para melhor delimitação das obrigações, merece destaque o papel que o *compliance* tributário passa a assumir dentro dessas sociedades.

Com o objetivo de construir um instrumento eficiente para detectar os desvios e promover as correções preventivas, o trabalho principal será criar e organizar procedimentos que permitam ao intermediador da operação de venda virtual controlar o fluxo da operação e se certificar de que o vendedor atua de forma regular, inclusive emitindo o documento fiscal correspondente à operação intermediada pelo *marketplace*.

Quanto mais bem estruturado o programa de *compliance* tributário da sociedade, melhor será o monitoramento do cumprimento das normas tributárias vigentes, a prevenção de demandas administrativas e judiciais, a redução do passivo tributário, o impedimento de estratégias abusivas de gestão tributária e a demonstração para potenciais investidores e clientes de que a empresa é confiável. Tudo isso levando em consideração,

sempre, os valores que a empresa pretende ver difundidos interna e externamente, entre seus colaboradores e *stakeholders*.

Observe-se que a implantação do programa de *compliance* tributário também terá o condão de munir a sociedade de provas indispensáveis para a exclusão de sua responsabilidade no cumprimento da obrigação tributária ou ainda para a exigência de ressarcimento face ao vendedor, na eventual necessidade de recolhimento do tributo devido por ele. Isso significa a redução de riscos tributários e o consequente aumento da confiabilidade da operação, o que representa incremento considerável no *valuation*, ou determinação do valor de mercado, da companhia.

Outro aspecto digno de atenção é a capacidade de se utilizar o *compliance* para a demonstração de que a empresa se muniu de todas as medidas de precaução possíveis para a regularidade da operação da qual faz parte. Esse fato ainda pode representar relevante indício da boa fé caso as notas fiscais emitidas pelos vendedores venham, posteriormente, a ser declaradas inidôneas.

Apesar de a responsabilização do intermediário, nesse caso, parecer absurda, considerando a proposta de lei apresentada pelo Poder Executivo, existe a possibilidade de ser imputada a ele a responsabilidade pelo recolhimento do tributo por decorrência da ausência de nota fiscal idônea.

Situações semelhantes são encontradas na jurisprudência administrativa e judicial ainda na atualidade, embora o Superior Tribunal de Justiça – STJ tenha se manifestado a respeito do tema no ano de 2010, em julgamento realizado sob rito dos recursos repetitivos e que originou a Súmula n. 509, com a seguinte redação: “É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.”

Na oportunidade, o STJ deixou claro o entendimento segundo o qual a boa-fé do adquirente de mercadoria é identificada por meio da comprovação da veracidade da operação, da exigência do documento fiscal no momento da conclusão do negócio jurídico e da prova de que a declaração de inidoneidade ocorreu posteriormente à operação. Ao cuidar do tema da boa-fé, a professora Misabel Derzi (DERZI, 2009) ensina:

Assim, em toda hipótese de boa-fé existe confiança a ser protegida. Isso significa que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo criou confiança em outra, que, em decorrência da firme crença na duração dessa situação desencadeada pela confiança criada, foi levada a agir ou manifestar-se externamente, fundada em suas legítimas expectativas, que não podem ser frustradas.

Assim sendo, o *compliance* tributário consiste em mecanismo de considerável importância na responsabilização do *marketplace* face à regularidade das operações dos demais integrantes da cadeia (ainda que ele mesmo talvez não seja considerado como tal), em especial por auxiliar na demonstração da boa-fé com que o operador da plataforma agiu durante toda a operação.

5 CONCLUSÃO

A tendência mundial de aumento das operações de tecnologia foi intensificada desde o início da pandemia do vírus Covid-19 em março de 2020, quando as empresas se viram diante de uma nova realidade que dificilmente será revertida no futuro. As vendas pela internet e a necessidade de desenvolvimento de novos programas de computador que facilitem a vida à distância

das pessoas são imposições de um modelo de vida globalizado e virtual.

Assim, é inegável, diante do cenário de evolução rápida e constante da economia digital, a multiplicação dos desafios a serem enfrentados pelos agentes de políticas públicas e também pelos particulares. A proliferação de operações virtuais exige que a Administração Pública se reinvente para acompanhar as mudanças e as novas estruturas negociais que surgem a cada dia e, assim, consiga manter a arrecadação tributária independentemente do formato negocial adotado pelo contribuinte.

Em análise à redação do Projeto de Lei n. 3.887/20 no que diz respeito à responsabilização tributária da plataforma de *marketplace* em face dos tributos que os vendedores deixarem de recolher, identificou-se a violação aos princípios constitucionais do livre exercício da atividade econômica, da não cumulatividade e da capacidade contributiva, afrontas essas que ainda podem vir a ser eliminadas até a possível aprovação final do projeto pelo Congresso Nacional.

Independentemente do formato final adotado por essa ou outra norma sobre o tema, merece atenção a atuação do contribuinte diante da nova realidade determinada pelas políticas públicas que se destinam a garantir a arrecadação tributária nas mais diversas formações negociais. Nessa seara, convém destacar a importância dos mecanismos de *compliance* tributário na atuação do operador do *marketplace* de forma a lhe trazer maior segurança jurídica e, conseqüentemente, maiores chances de alcance da lucratividade almejada por todo empreendedor. Conhecendo a fundo os riscos que envolvem o negócio, o empresário tem a oportunidade de se respaldar e evitar futuros questionamentos sobre a legitimidade dos institutos declarados e submetidos a tributação.

O *compliance* tributário consiste em poderosa ferramenta de que podem se utilizar os operadores das plataformas como forma de aferir a regularidade das operações dos demais integrantes da cadeia, além de demonstrar sua boa-fé e a observância dos valores que guiam a empresa.

A implantação do programa de *compliance* tributário ainda tem o condão de munir a sociedade de provas indispensáveis para a exclusão de sua responsabilidade no cumprimento da obrigação tributária ou ainda para a exigência de ressarcimento face ao vendedor, na eventual necessidade de recolhimento do tributo devido por ele. Isso significa a redução de riscos tributários e o conseqüente aumento da confiabilidade da operação, o que representa incremento considerável no *valuation*, ou determinação do valor de mercado, da companhia.

Constata-se, pois, que políticas tributárias de responsabilização, tais como aquela prevista no projeto de lei analisado no presente trabalho, muito embora tenham fundamento no relevante e legítimo interesse público, devem ser bem avaliadas pelos agentes antes de serem implementadas, caso contrário tendem a surtir o efeito reverso, aumentando a insegurança jurídica e desestimulando o desenvolvimento econômico nacional.

A título meramente ilustrativo, o mesmo resultado de controle da arrecadação das operações ocorridas em meio eletrônico poderia ser obtido por meio da implementação de mecanismo semelhante ao previsto no Convênio ICMS n. 134, de 2016. Essa norma determina que as instituições financeiras e de pagamento, integrantes ou não do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB, fornecerão aos Estados todas as informações relativas às operações realizadas pelos beneficiários de pagamentos que utilizem os instrumentos de pagamento. Da mesma forma, a Secretaria da

Receita Federal do Brasil poderá solicitar a essas instituições as informações que entenderem necessárias.

Essa prática significa que as operadoras de cartão de crédito, por exemplo, se tornam aliadas das Administrações na fiscalização tributária sem, contudo, serem responsabilizadas por eventual constatação de sonegação fiscal. Semelhante obrigação instrumental poderia ser instituída para as plataformas intermediadoras de vendas virtuais, as quais, embora não se relacionem ao aspecto material da hipótese de incidência tributária da venda, possuem relevantes informações sobre as operações que poderiam ser utilizadas como auxílio na fiscalização.

As possíveis inconstitucionalidades apontadas no projeto de lei do Governo Federal dizem respeito à responsabilização subsidiária do operador da plataforma de *marketplace* em relação aos tributos que não forem recolhidos pelos vendedores e seriam, senão todas, quase integralmente eliminadas caso a dinâmica se alterasse conforme acima sugerido.

Enquanto a ideia não se desenvolve nesse sentido, cabe ao contribuinte se utilizar dos meios à sua disposição para buscar minimizar a insegurança jurídica e a incerteza quanto ao planejamento de seu negócio, fato que resulta, no âmbito da macroeconomia, em considerável gargalo no desenvolvimento econômico do país.

Não é à toa que o alto número de autuações fiscais e processos judiciais tributários impressiona. A legislação tributária brasileira é extremamente complexa e vasta, demandando do operador grande conhecimento e atenção na sua aplicação. Ademais, as interpretações apresentadas pelos julgadores nos processos administrativos e judiciais são as mais diversas e contraditórias possíveis.

Diante do cenário de incertezas do Brasil, a ferramenta do *compliance* tributário representa um meio de que deve se valer o contribuinte para buscar maior segurança para seu empreendimento por meio da identificação dos fundamentos para a estruturação da atividade empresarial baseados na construção interpretativa das normas e na sua adequação aos fatos ocorridos no mundo fenomênico, especialmente nas situações do comércio eletrônico e das responsabilizações tributárias que se pretende implementar.

REFERÊNCIAS

AMORIM, J. E. B. A “Indústria 4.0” e a sustentabilidade do modelo de financiamento do regime geral da segurança social. Cadernos de Dereito Actual, Santiago de Compostela, v. 5, p.243-254, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/132/93>. Acesso em 20/11/2020.

BERNARDES, Flávio Couto. **O aspecto procedimental como elemento da norma jurídica tributária e seus reflexos na formação do título executivo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Doutorado em Direito Tributário, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-96ZKBJ>>. Acesso em: 15/11/2020

BERNARDES, Flávio Couto; ALMEIDA, Ingrid Oliveira; LOBATO, Valter de Souza. Os desafios da LC n. 116 para dirimir os conflitos de competência e o conceito legal de prestador. In.: COSTA, Alexandre Freitas; BERNARDES, Flávio Couto; AZEVEDO, Paulo Vinicius Alves. **ISSQN: estudos em comemoração aos 15 anos da LC 116/2003**. Belo Horizonte: Arraes, 2020. Pg. 17.

BERNARDES, Flávio Couto; AZEVEDO BRANCO, Luiz Gustavo Faria de. **Os limites do planejamento tributário em face do dever fundamental de pagar impostos**. Publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP. Novembro de 2009.

BERNARDES, Flávio Couto; RIBEIRO, Gabriela Cristina Mota. **O Princípio da Segurança Jurídica Tributária e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados que deram origem à Súmula Vinculante nº 08. 2013**. (Apresentação de Trabalho/Congresso).

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Programas de Compliance**. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf/view. Acesso realizado em 02/08/2020

_____. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF**. Processo 15374.000572/00-37, Data da Sessão: 16/06/2016. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11/07/2020.

_____. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF**. Processo: 10805.723698/2014-37. Sessão de julgamento de 21/01/2020. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11/07/2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Programa de Integridade - Diretrizes para empresas privadas**. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 27/04/2020.

_____. **Receita Federal do Brasil**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/noticias/ascom/2020/julho/vendas-em-junho-cresceram-10-3-quando-comparadas-a-junho-de-2019>. Acesso realizado em 12/07/2020.

CARVALHO, Paulo de Barros (coord). BRITTO, Lucas Galvão de; e DIAS, Karem Jureirini (org.). **Compliance no direito tributário**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIAS, Karen Jureidini. SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. O *compliance* e o exercício da fiscalização tributária. In.: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.), BRITTO, Lucas Galvão de; DIAS, Karen Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pg. 171-195.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2017.

NEDER, Marcos Vinicius; CRUZ, Alessandro. A investigação de *compliance* e o processo administrativo fiscal. In.: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.), BRITTO, Lucas Galvão de; DIAS, Karen Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pg. 127-152.

OECD, **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso realizado em 08/08/2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANSON, Carla Campos Moreira. A íntima relação entre *compliance* e a atividade jurídica. In.: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.), BRITTO, Lucas Galvão de; DIAS, Karen Jureidini (org.). **Compliance no Direito Tributário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pg. 197-223.

TEIXEIRA, Alexandre Alkimim. **Compliance e informação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

TIPKE, Klaus e YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Heleno Taveiro. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thmpson Reuters Brasil, 2019.

XAVIER, Gustavo Luiz de Matos. **Compliance tributário como ato de cidadania**. (2020) – No prelo.

O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR E A MERCANTILIZAÇÃO DO ENSINO EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Samuel Pontes do Nascimento¹

Carlos Alberto da Silva Moura Júnior²

Resumo: o objetivo do presente trabalho é abordar a efetividade do direito social à educação superior a partir da análise da transformação pela qual foram submetidos os direitos sociais após o marco histórico conhecido como Consenso de Washington, com ênfase especial para o ensino superior. Serão analisadas as dificuldades enfrentadas para a concretização de direitos sociais em um contexto de adoção de políticas neoliberais e da mudança do papel do Estado nesse cenário, onde deve-se ressaltar a impossibilidade de descaracterizar a natureza da educação como um direito social fundamental cuja obrigação é do Estado, ressaltando o papel estratégico da educação superior. Destaca-se o papel do Estado como regulador da educação em face da iniciativa privada e das mudanças institucionais ocorridas nesse contexto de globalização e mercantilização tanto no plano internacional como no âmbito interno. Na pesquisa aqui apresentada fez-se uso notadamente de análise de conteúdo das disposições normativas que regem a educação superior brasileira, de modo estabelecer a

1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Doutor em Direito Público pela PUC-MG. Email: samuelnascimento@ufpi.edu.br. Orcid iD: 0000-0002-4261-9050.

2 Mestre em Direito pelo Pós-Graduação em Direito da UFPI – PPGD UFPI. E-mail: carlos.as.jus.jr@gmail.com. Orcid iD: 0000-0001-8816-5114.

compatibilidade das mudanças institucionais efetuadas a partir da década de 1990 em face da Ordem Econômica constitucional de 1988.

Palavras-chaves: Direito Econômico. Direitos sociais. Educação superior. Mercantilização da educação. Ordem Econômica Constitucional.

Abstract: The objective of this paper is to address the effectiveness of the social right to higher education from the analysis of the transformation through which social rights were submitted after the historical framework known as the Washington Consensus, with special emphasis on higher education. The difficulties faced in realizing social rights in a context of adopting neoliberal policies and changing the role of the State in this scenario will be analyzed, where the impossibility of dismissing the nature of education as a fundamental social right whose obligation is of the State should be emphasized, emphasizing the strategic role of higher education. The role of the State as regulator of education in the face of private initiative and the institutional changes that have occurred in this context of globalization and mercantilization, both internationally and domestically, should be highlighted. In the research presented here, content analysis of the normative dispositions that govern Brazilian higher education was used with the objective of establishing the compatibility of the institutional changes made since the 1990s in the face of the constitutional Economic Order of 1988.

Keywords: Economic Law. Social Rights. Higher Education. Mercantilization of education. Constitutional Economic Order.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho incide em analisar a efetividade do direito social fundamental da educação, especificamente no que concerne ao ensino superior, tendo em vista o contexto que se desenhou a partir da década de 1990, no qual foi adotada uma política econômica de austeridade, que mutilou direitos sociais ao mesmo tempo em que realizaram-se mudanças institucionais que permitiram o avanço do mercado privado sobre setores antes dominados pelo Estado.

Assim, busca-se demonstrar que, o esvaziamento do investimento público em educação superior, principalmente no âmbito das universidades públicas, na verdade se apresenta como mais uma face da apropriação privada de recursos públicos para ampliação da margem de lucro em detrimento da natureza fundamental e do caráter estratégico desse direito, em consonância com o estabelecido na Ordem Econômica Constitucional de 1988.

Esse é um debate que teve sua relevância ampliada recentemente seja Emenda Constitucional 95/2016, conhecida como emenda constitucional do teto de gastos públicos primários, seja pelos debates aflorados em torno do contingenciamento dos recursos do Ministério da Educação voltados para universidades federais. De modo que, apresenta-se de fundamental importância o aprofundamento da análise do financiamento do direito social fundamental à educação no âmbito do ensino superior. Para tanto, parte-se da análise do embate pela concretização dos direitos sociais no pós-Consenso de Washington.

As estruturas econômicas foram transformadas pelas duas grandes guerras, pela Revolução Russa e pelos movimentos sindicais, resultando num período conhecido como consenso

Keynesiano, em que o Estado se apresentou como principal agente de transformação no modo de produção. Nesse período os direitos sociais foram formalmente incorporados aos ordenamentos jurídicos e as Constituições ganharam um caráter “dirigente”, ao estabelecer metas a serem alcançadas no âmbito econômico-social. No entanto, esse momento representaria uma exceção na trajetória histórica do capitalismo (BERCOVICI, 2013)

A década de 1980 trouxe de volta à tona correntes que contestam o papel do Estado como provedor da economia, bem como afastam a necessidade de investimentos públicos para concretização de direitos sociais sob o fundamento de estes serem entendidos como “dispendiosos”, o que levaria à mudança no papel do Estado para mero regulador e à adoção de políticas econômicas de austeridade (CANO, 2017).

Entretanto, apesar do discurso recorrente do custo dos direitos e a impossibilidade de subsidiá-los com o orçamento estatal, o que se verifica é que o orçamento público tem sido visado pelo mercado, razão pela qual se fez necessário retirar a fonte de custeio da área social, de forma a possibilitar uma maior captura desses recursos pelo mercado (CAMARGO, 2008).

Em verdade, a existência de direitos sociais é indício de que os direitos fundamentais clássicos não conseguiram alcançar a uma parcela substancial da população, surgindo a necessidade, por esta razão, de uma nova categoria de direitos que pudessem garantir uma existência minimamente digna para torna-los aptos a gozarem das liberdades básicas (HÄBERLE, 2019).

A Constituição Federal de 1988 representa um marco de garantias, trazendo em seu bojo extenso rol de direitos com especial destaque para os objetivos fundamentais previstos no art. 3º, que incluem a busca pelo desenvolvimento nacional, pela erradicação

da pobreza e a redução das desigualdades. No entanto, desde a Constituinte até os dias atuais o dirigismo do texto constitucional tem sido combatido por forças conservadoras (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2018).

A educação por ser um direito fundamental de caráter social, com previsão especialmente nos artigos 6º, 205 e 214 da Constituição de 1988, não passou ileso a esses ataques, tonando-se alvo do avanço neoliberal sobre a área social, notadamente por seu alto potencial de lucro (DUARTE, 2007).

Nesse processo de mercantilização da educação superior, pode-se destacar o esvaziamento do investimento estatal nas universidades públicas e a criação de um mercado global de educação, após o estabelecimento dessa mercadorização no âmbito interno, repercutindo na tentativa de imposição da lógica de mercado para dentro do setor público de ensino (SANTOS, 2013).

Assim, observa-se a implantação de uma política econômica voltada para o incentivo do setor privado, criando meios de ampliação da margem de lucro a despeito da descaracterização da própria natureza do direito à educação, cujas características de universalização e busca de autonomia e conhecimento não se adequam à lógica do mercado (NASCIMENTO, 2018).

Na presente pesquisa fez-se uso notadamente da análise de conteúdo de disposições normativas que regem o direito à educação no Brasil, bem como da revisão de literatura tendo por referência obras que analisam o presente tema sob o aspecto do Direito Econômico e do Direito Constitucional.

2. OS DIREITOS SOCIAIS NO PÓS-CONSENSO DE WASHINGTON

2.1 Os direitos sociais e a conformação à nova ordem neoliberal

O século XX trouxe grandes transformações a nível internacional. A Primeira Guerra Mundial representou um marco ao fazer com que as nações envolvidas tivessem um esforço econômico sem precedentes, fazendo com que as barreiras entre Estado e economia caíssem por terra. O campo econômico deixava de pertencer tão somente ao âmbito de interesse do mercado e passava a ter relevância para toda a comunidade (BERCOVICI, 2009). Em paralelo, os ideais da Revolução Russa de 1917 ecoavam pelo mundo, movimentando a organização das massas de trabalhadores em prol da proteção jurídica de suas demandas. (BERCOVICI, 2013b).

Foi nesse contexto que a constituição passa a ganhar uma outra roupagem, ela deixa de representar “a composição pacífica das forças reais de poder, não é mais homogênea, apresenta um compromisso deliberadamente pluralista. Incorporando o conflito ao texto constitucional” (BERCOVICI, 2013, p. 295). Dessa forma os textos constitucionais passaram a ganhar conotação ideológica pluralista, incorporando valores muitas vezes contrapostos, como a livre iniciativa e o valor social do trabalho. É um novo cenário que “vai exigir do Estado o reconhecimento da diferença, a assimilação parcial do conflito, para que se mantenham as condições objetivas necessárias à livre circulação do capital e ao apaziguamento da radical contradição do sistema” (BERCOVICI; MASSONETTO, 2007, p. 62).

O acirramento das tensões do conflito social, bem como o avanço da investida das classes trabalhadoras pela garantia de suas pretensões dão início a uma série de ações públicas visando trazer respostas para essas demandas, por meio das conhecidas atualmente como políticas públicas (BERCOVICI, MASSONETTO, 2007). Lançar mão de políticas públicas, com o conseqüente planejamento e a organização do campo social, acaba fugindo da visão clássica de Estado da concepção liberal.

No momento em que essas discussões são incorporadas ao texto constitucional, ampliando o rol de garantias do texto formal, muitas críticas são levantadas com relação ao aspecto ideológico das novas constituições, bem como no que concerne a inserção de temas supostamente não materialmente constitucionais (BERCOVICI; MASSONETTO, 2007).

Após o período entre guerras, ganha força o conceito de Constituição dirigente. As constituições deixam de apenas formalizar as “forças reais de poder” e passam a nortear os objetivos do Estado e prever a realização políticas públicas voltadas para a concretização da igualdade material. Dessa forma, cabe ao governo se guiar dentro do planejamento estabelecido pelo próprio texto constitucional. De modo que “a Constituição dirigente não substitui a política, mas torna-se a sua premissa material” (BERCOVICI; MOSSONETTO, 2007, p. 58-59)

Esse período, no entanto, conforme afirma Bercovici (2013), na verdade representou um fenômeno isolado na trajetória do capitalismo mundial. As próprias constituições sociais não foram promulgadas sem conflitos, sempre foram fortemente combatidas numa tentativa de impedir a concretização da transformação social que se dispunham a realizar. Sustentaram-se, desta forma, em uma batalha permanente de sobrevivência contra as forças conservadoras.

Com o início do conflito ideológico da Guerra Fria, somado às crises do Petróleo na década de 1970 e ao aumento das taxas de juros pelos Estados Unidos da América (EUA) e pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), que repercutiram de forma desastrosa nas economias de países periféricos, ganharam fôlego novamente doutrinas baseadas no mercado e em ideais liberais que há muito haviam sido deixadas de lado pelo consenso keynesiano (CANO, 2017).

Inicia-se então a partir da década de 1980 a era de capitalismo global, uma nova forma de imperialismo utilizada pelos países desenvolvidos, na qual as desigualdades não só no plano internacional, como também no plano interno ganharam contornos mais acentuados diante do repasse dos custos das empresas para a população, por meio do Estado subserviente aos interesses do poder econômico³, conforme ensina Eros Grau:

[...] o capitalismo, inicialmente “ordenado” no interesse de cada Estado, vai à busca de uma “ordenação internacional” – a ordem internacional – que enseja aos Estados desenvolvidos recolher nos subdesenvolvidos as parcelas de mais-valia já não coletáveis internamente de modo intenso. Manifesta-se então um certo capitalismo assistencial, que sobrevive graças à crescente transferência dos custos das empresas ao conjunto da coletividade – isto é, à classe trabalhadora – e através da intervenção financeira massiva em títulos públicos de crédito. Os custos empresariais assim são “bancados” pelo Estado e, nos mais desenvolvidos, o imperialismo os exporta aos de capitalismo mais frágil.

3 Poder econômico, conforme as lições de Camargo (2014, p. 151), é “a possibilidade que tem o agente, público ou privado” de alterar a realidade econômica.

Esse movimento cede nos últimos anos do século XX, em decorrência da crise fiscal dos Estados, mas tudo indica que, em movimento pendular, tende a recrudescer (GRAU, 2018, p. 26).

Realizou-se, a partir de então, uma verdadeira transformação da atuação estatal. Isso porque o novo paradigma neoliberal não afasta o Estado de cena, na verdade o transforma de modo a seguir a lógica estabelecida para o setor privado, notadamente com relação ao aspecto da eficiência e concorrência. Assim, “a questão não se colocava mais nos termos da alternativa simplista entre o mercado autorregulador e a intervenção do Estado, mas tratava da natureza da intervenção governamental e seus objetivos” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 272).

Além de enxertar a lógica empresarial na atuação do Estado e buscar reduzir o custo estatal, o novo paradigma atinge as próprias bases do regime democrático, uma vez que fere de morte os “direitos sociais ligados ao status de cidadão” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 274). Isso porque a adoção de uma política econômica de austeridade tem como principal consequência o esvaziamento das garantias orçamentárias dos direitos sociais enquanto, de outro modo, destina parcela significativa do orçamento para o pagamento da dívida pública. Desta forma a função precípua do Estado, de buscar o interesse coletivo, acaba sendo subvertido por interesses de mercado.

2.2 A falácia da dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos: o

Tem ganhado força o pensamento de cunho liberal segundo o qual aos tributos pagos pelo contribuinte devem corresponder prestações estatais equivalentes, de maneira que a

parcela da população mais carente que se beneficia das políticas sociais seria composta por verdadeiros aproveitadores do Estado. Os propagadores desse raciocínio chegam mesmo a defender a contratualização das prestações públicas, que seriam pagas pelos beneficiários diretos. Para tanto, partem do pressuposto de que a todo serviço público corresponde um custo que se não for pago integralmente pelos usuários será coberto pela totalidade dos contribuintes (CAMARGO, 2008).

Essa concepção rompe com qualquer distinção entre serviço público e privado e representa, na verdade, a “pan-mercantilização das necessidades”, além de afrontar a universalização da prestação, característica que é inerente à natureza dos serviços públicos (CAMARGO, 2008, p. 17). Consoante afirma Camargo (2008, p. 36-37), a tentativa de minimizar a relação entre o Estado com seu povo a uma mera “contraprestação pelos tributos pagos” tem por “contraditor insuperável o fato de que à autoridade do Estado todos se submetem independentemente de serem ou não contribuintes”. Opõe-se a essa ideia, também, o próprio “caráter coletivo das necessidades que o serviço público visa atender”.

Verifica-se que nessa corrente há uma preocupação exacerbada com a redução dos gastos públicos que não é acompanhada por um interesse proporcional em ampliar as receitas estatais. Isso se dá porque creem que o reverenciado Estado mínimo seria um Estado de custos mínimos, na medida em que os direitos fundamentais clássicos (civis e políticos) não seriam afetados pela diminuição da despesa pública. Ocorre que, em verdade, conforme sustenta Camargo (2008, p.129), mesmo “o Estado Liberal pode, eventualmente, mostrar-se extremamente custoso”.

Desenvolvendo essa ideia do “custo dos direitos”, Holmes e Sunstein (2019) descontroem a dicotomia, pouco discutida, entre

direitos positivos e negativos. O principal fundamento dos autores se baseia no fato de que qualquer direito tem custos, na medida em que todos os direitos exigem uma prestação do Estado, uma prestação, seja para o exercício do direito, seja para sua proteção. De maneira que não cabe colocar os direitos sociais como dispendiosos e os direitos civis e políticos como direitos que exigem tão somente um “não fazer”, ou uma obrigação negativa do Estado, visto que, em verdade, todos os direitos tem um caráter positivo.

Essa ideia de atuação necessária do Estado para garantia de direitos fica mais clara quando se parte da máxima segundo a qual “não há direito sem um remédio jurídico correspondente”, a dicotomia mostra-se frágil, dessa forma, considerando que mesmo os denominados direitos negativos vão exigir uma conduta ativa do Estado (o Judiciário é um dos poderes do Estado), pois necessitam de imposição coativa por meio do Judiciário para serem efetivados, pressupõem “vigilância judicial” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 30-32). Da mesma forma, a visão de que os direitos são exercidos “contra o Estado” não subsiste, visto que é impensável a proteção contra o Estado sem a proteção oferecida pelo próprio Estado. Assim, não se pode fugir da constatação segundo a qual “todos os direitos são positivos” (HOLMES; SUNSTEIN, p. 38).

Também afastando a dicotomia entre direitos positivos e negativos, Häberle (2019) sustenta que os direitos sociais representariam, na verdade, uma tentativa de universalização dos direitos fundamentais clássicos, na medida em que a formalização do direito à liberdade e de direitos políticos para a grande parcela da população não representa qualquer transformação no seu status de cidadania. Seria necessário garantir, portanto, as mínimas condições de existência para esses direitos possam tornar-se materialmente relevantes.

Jogando luz sobre esse debate, Bercovici e Mossonetto (2006) esclarecem que, na verdade, o que ocorre é que, desde a década, de 1970 o orçamento público tem sido visado pelo próprio capital, de forma que, apesar do discurso de necessidade de redução dos custos públicos, o que se pode constatar é que a despesa pública deve seu aumento à política monetária indicada pelo próprio mercado, com especial destaque para o ampliação da taxa de juros. Desse modo, passa-se a defender a separação entre os recursos públicos e a economia, de forma que se efetua uma separação entre a constituição financeira e a constituição econômica, deixando a primeira de ser instrumento da segunda, assim como retirando-se o caráter dirigente do texto constitucional.

Portanto, sustentar o sacrifício dos direitos sociais com base na suposta natureza dispendiosa dos mesmos em contraposição aos direitos civis e políticos, não passa de uma falácia de cunho ideológico utilizada não para reduzir os gastos públicos, mas sim para canalizá-los para o interesse de minorias, os deixando distantes das políticas voltados para o bem coletivo e para o combate às **desigualdade** sociais. Não seria o caso de um Estado mais ou menos custoso, mas um Estado para quem? Visto que o Estado mínimo não é necessariamente um Estado de custos mínimos.

Deve-se ressaltar, ainda, como é colocado por Bercovici (2005), que nos países da América Latina a atuação do Estado se mostra ainda mais necessária para a superação do subdesenvolvimento, uma vez que apesar da disposição formal de Estado Social, nunca se alcançou um avanço considerável na garantia material desses direitos fundamentais.

Em razão da adoção da lógica de mercado, abandonou-se a própria concepção da missão estatal, baseada na busca do interesse coletivo e do incentivo às virtudes cívicas. Os interesses pessoais

e empresariais sobrepõem-se ao bem comum, de modo que os cidadãos “não são chamados a julgar políticas e instituições do ponto de vista do interesse da comunidade política, mas somente em função de seu interesse pessoal” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 320).

3. O ESTADO COMO PROVEDOR DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

3.1 A captura da educação superior pelo mercado global

A educação é direito fundamental de cunho social com especial proteção na Constituição brasileira de 1988, previsto no art. 6º e no Título da Ordem Social entre os artigos 205 e 214, bem como com financiamento garantido mediante vinculação de receitas. No entanto, também foi alvo do ímpeto neoliberal, dentro de um contexto internacional de avanço do capital sobre os direitos sociais na tentativa de torna-los mercadoria passível da ampliação dos lucros do setor privado (DUARTE, 2007).

Ademais disso, o ensino “está entre as atividades constitucionalmente consideradas de mais alta relevância pública (estratégica e fundante à nação), impondo-se a sua prestação pelo poder público e, ao mesmo tempo, podendo ser explorada pela iniciativa privada”, motivo pelo qual merece especial atenção no que concerne à sua regulação pelo poder público quanto à atuação do setor privado (NASCIMENTO, 2018, p. 194).

No contexto do atual capitalismo global, “onde se observa uma retração produtiva e a consequente queda nos lucros, são

os serviços prestados pelo Estado à população, isto é, os direitos sociais que passam a ser vistos como bens a serem comercializados” (MEGUINS, 2017, p. 315). Neste quadro, a educação desponta como um dos campos mais promissores, as despesas mundiais no setor “acendem a 2000 bilhões de dólares, mais do dobro do mercado mundial do automóvel”. Desse modo há muito tempo levanta-se a hipótese de que a educação tornar-se-ia “num dos mais vibrantes mercados no século XXI”. Corroborar essa ideia o fato de que, “em 2002, o Fórum EUA-OCDE concluiu que o mercado global da educação se estava a transformar numa parte significativa do comércio mundial de serviços” (SANTOS, 2013, p. 29).

Um dos efeitos mais claros desse processo é a crise da Universidade Pública, que, de uma forma global, tem sofrido com grandes transformações desde a década de 1970. A Universidade Pública deixou de ser a o caminho prioritário para assegurar o direito à educação e para a universalização no ensino superior. Esse processo não ocorreu de forma natural, pelo contrário, cuida-se de decisão política deliberada em um cenário de adequação às políticas neoliberais. Essas alterações, consoante afirma Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 18-19), não fica adstrito à educação, atingindo os direitos sociais como um todo, sendo “resultado da perda geral de prioridade das políticas sociais (educação, saúde, previdência) induzida pelo modelo de desenvolvimento econômico conhecido como neoliberalismo ou globalização neoliberal”.

Atualmente um dos principais pontos de crítica com relação à universidade pública diz respeito a sua dependência financeira do Estado. Entretanto, o que se observa é que até pouco tempo essa mesma dependência não era contestada, o que só passou a ocorrer após o setor privado abrir os olhos para o potencial lucrativo do setor de educação superior (SANTOS, 2013).

Assim, o atual cenário é caracterizado pela aproximação de dois campos aparentemente inconciliáveis, educação e economia, ocorrendo a “transposição das leis que regem a área econômica para o campo da educação” (MEGUINS, 2017), ou ainda, como é colocado por Napolitano (2017, p.11), “a marca dos novos tempos é a migração das notícias sobre estabelecimentos educacionais das seções de pedagogia da grande mídia para os editoriais de negócios e finanças”. Essa transformação nega a própria natureza do ensino dentro de uma lógica que subverte a principal característica do propósito educacional que é o incentivo à emancipação e à autonomia, bem como desconfigura o seu objetivo social de transformação, notadamente em países com maior índice de desigualdade social.

A “mercadorização” da universidade e, por conseguinte, do próprio ensino superior, é dividida em duas fases por Boaventura de Sousa Santos. A primeira, que vai do início dos anos 80 até o meio da década de 1990, é marcada pela expansão e consolidação do mercado privado no âmbito interno. Foi nesse período que muitos países vivenciaram experiências ditatoriais que atentaram contra a autonomia da universidade e combateram a produção de pensamento crítico. Do mesmo modo, foi nessa fase inicial que se abriu o campo educacional ao setor privado, iniciando sua conformação à lógica de mercado, principalmente com relação à situação de concorrência com as instituições de ensino privadas (SANTOS, 2013).

Na segunda fase, segundo o autor (SANTOS, 2013), avança o mercado internacional de educação superior, que ocorre em paralelo à consolidação do mercado nacional, com forte participação do mercado financeiro por meio de sociedades de capital aberto. Ganha maior destaque nessa fase a liderança de entidades internacionais capitaneando esse processo, casos do Banco Mundial

e da Organização Mundial do Comércio, que enxergam a guinada privatizante como solução para os problemas da educação. No que concerne ao Banco Mundial, este tem adotado uma postura das mais agressivas em defesa da implantação da lógica de mercado no campo do ensino. Exemplo disso é o seu relatório de 2002, direcionado ao Brasil, no qual defende a suspensão do crescimento do investimento na universidade pública, redução dos custos por aluno e direcionamento da ampliação do ensino superior por meio do setor privado.

Para facilitar esse processo, o Banco Mundial ofereceu a disponibilização de recursos que seriam destinados às instituições privadas pelo Estado. Os dados desse “auxílio” para o mercado privado brasileiro são apresentados por Boaventura de Sousa Santos:

No Brasil, no governo de Fernando Henrique Cardoso, o Ministérios da Educação, através do Programa de Recuperação e Ampliação dos Meios Físicos das Instituições de Ensino Superior e em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), viabilizou uma linha de financiamento de cerca de R\$ 750 milhões para instituições de ensino superior, com recursos provenientes de empréstimos do Banco Mundial. Estes recursos foram em grande parte canalizados para as universidades privadas. Desde 1999, o BNDES emprestou R\$ 310 milhões às universidades privadas e apenas R\$ 33 milhões às universidades públicas (SANTOS, 2013, p. 33).

De logo, percebe-se que, apesar do discurso de redução dos custos estatais com educação e da “solução irrefutável” do Estado mínimo, o que ocorreu em verdade foi uma apropriação do Estado pelo setor privado para que pudesse alcançar o seu pleno desenvolvimento sem quaisquer empecilhos regulatórios.

3.2 A política econômica de incentivo ao setor privado e o papel do Estado

O Comentário Geral nº 13, I, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que a “educação é um direito humano por si só e um meio indispensável para realizar outros direitos humanos”, e que, por ser “um direito no âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o principal meio que permite que adultos e crianças marginalizados, econômica e socialmente, escapem da pobreza e participem plenamente de suas comunidades”. No aludido dispositivo o Comitê reconhece, do mesmo modo, que é “cada vez mais reconhecida a ideia de que a educação é um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem fazer”.

No entanto, o que se observa é que Executivo, Legislativo e Judiciário deixam de dar efetividade ao nosso ordenamento jurídico sob o velho fundamento que norteia todo o paradigma neoliberal: a limitação de recursos do Estado. Não se pode mais aceitar esse tipo de expediente quando se observa a utilização dos recursos estatais sendo direcionados para o setor privado ao custo do sacrifício dos direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Notadamente no que concerne ao direito à educação superior aqui discutido, o que se verifica é a existência de uma política econômica direcionada para a “atender a demanda criada pelos interesses do setor privado e dilatar seus lucros”, de maneira que os recursos antes empregados para investimento na universidade pública agora são voltados para remuneração de companhias de capital aberto (NASCIMENTO, 2018, 193).

O que está a ocorrer é uma tentativa de desfigurar o direito à educação, para que o mesmo seja concedido apenas àqueles que possuem meios de arcar com o seu custo, fugindo da própria universalização inerente a esse serviço público:

No mesmo processo, com a transformação da universidade em um serviço a que se tem acesso, não por via da cidadania, mas por via do consumo e, portanto, mediante pagamento, o direito à educação sofreu uma erosão radical. A eliminação da gratuidade do ensino universitário e a substituição de bolsas de estudo por empréstimos foram instrumentos da transformação dos estudantes de cidadãos em consumidores. (...) O objetivo é pôr fim à democratização do acesso à universidade e ao efeito de massificação que ela provocara mesmo dentro dos fortes limites em que ocorreu (SANTOS, 2013, p. 27).

Portanto, com relação ao diagnóstico da situação atual, conforme afirmou Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 104), “partindo do princípio que a universidade é um bem público, a grande questão é saber se e em que condições pode um bem público ser produzido por uma entidade privada”. Essa resposta só poder ser dada a partir de uma análise da Ordem Econômica e da Ordem Social presentes da Constituição de 1988.

Jogando luz sobre essa discussão Nascimento (2018, p. 184) afirma que a “educação escolar é serviço público, em regime de obrigatoriedade para o Estado, podendo ser exercida pela iniciativa privada, dentro das limitações da Constituição – sobretudo do art. 209”. Assim, resta evidente a obrigação do Estado em ofertar o serviço público da educação à população, cabendo ao próprio texto constitucional estabelecer limites à atuação privada na prestação desse serviço de caráter estratégico:

A Constituição impõe três condições para a iniciativa privada atuar na atividade de ensino: (1) cumprimento das normas gerais da educação nacional. (2) autorização do Poder Público; (3) avaliação do Poder Público (art. 209, CR/88). Essas condições estão de acordo com o art. 174 da Ordem Econômica, quando se atribui

ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, obrigada a exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento (NASCIMENTO, 2018, p. 188).

Depreende-se que o ensino, de uma forma geral, e o ensino superior, especificamente, não são um campo aberto à atuação indiscriminada do setor privado. É necessário que o Estado atue, exercendo funções de planejamento, regulação e fiscalização a fim de que, os objetivos traçados pelo constituinte originário não sejam subvertidos por interesses meramente lucrativos.

Assim sendo, nas palavras de Nascimento (2018, p. 189), a “opção político-jurídica da Constituição foi a de afastar qualquer iniciativa de se estabelecer ‘um livre mercado’ para o ensino. O setor privado pode atuar, mas dentro de um sistema educacional ‘dirigido’”, por meio do qual o Estado atua direta e indiretamente para resguardar os objetivos constitucionais.

Também é nesse sentido a análise de Boaventura de Sousa Santos, que afirma que o Estado tem obrigação para com o desenvolvimento da universidade pública, o que não ocorre com o setor privado, de modo que, num cenário de crise fiscal estatal, não seria concebível ver os recursos públicos serem direcionados para instituições privadas de ensino, principalmente considerando que, apesar da heterogeneidade entre elas, de uma forma geral, “com exceção dos Estados Unidos da América, o setor universitário privado ocupa a base da pirâmide da qualidade, não o topo”. (SANTOS, 2013, p. 107)

Por meio da Lei nº 9.394/1996, que regula as diretrizes e bases da educação nacional (LDB), Nascimento faz distinção entre o campo do serviço público (obrigação do Estado) e o da atividade econômica em sentido estrito (própria do setor privado) no âmbito educacional:

A LDB apresenta essa distinção logo no primeiro artigo, no qual define a educação em sentido amplo, como processo formativo, e que envolve tanto o serviço público, dever do Estado, quanto todos os demais modos de organização possível de um processo formativo humano, cívico ou profissional. E, ainda nesse artigo introdutório, cumpre o que o constituinte previu no inciso I do artigo 209: “Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” (parágrafo 1º, art. 1º, LDB/96). [...] A principal conclusão, a partir desse ponto é: a educação escolar é serviço público e é dever do Estado fornecê-lo em instituições públicas ou privadas, sendo estas últimas sempre sujeitas ao processo de autorização e avaliação disciplinados na LDB/96. De outro lado, os processos formativos que não se enquadram no conceito de educação escolar da LDB, são atividades econômicas em sentido estrito, quer dizer, são atividades de ensino próprias da iniciativa privada. (NASCIMENTO, 2018, p. 196).

Portanto, somente podem ser consideradas atividades econômicas em sentido estrito as atividades que não se enquadrem no conceito de educação escolar. Por conseguinte, o setor privado só pode prestar o serviço público da educação superior nos termos do processo de fiscalização e avaliação estatal, nos termos estabelecidos na constituição econômica brasileira⁴.

Não se deve esquecer, desse modo, da própria missão coletiva da educação, com natureza de serviço público, que por si só já bastaria para afastar qualquer interpretação que desse margem para sua exploração nos moldes da livre concorrência (NASCIMENTO, 2018). Por conseguinte, é atribuída ao Estado a

4 Consoante Sousa (2005), a constituição econômica brasileira é caracterizada pelos dispositivos, expressos ou não, da Constituição Federal de 1988 que fazem referência à ordem econômica, bem como à normatização dos fatos econômicos.

missão de regular a atuação estatal no âmbito da educação superior, missão difícil tendo em vista que o mercado educacional “cresceu descontroladamente e tem hoje um poder político muito excessivo em relação ao que poderia decorrer da qualidade dos serviços que presta” (SANTOS, 2013, p. 108).

Por fim, ressalte-se que, como qualquer outro direito fundamental social, o direito à educação sujeita-se ao princípio da solidariedade, que “está calcado na ideia de justiça distributiva, ou seja, na justiça que busca a compensação entre os que têm e os que não têm, entre os ricos e pobres, na distribuição de bens e serviços pelos poderes públicos” (DUARTE, 2007, p. 705). Incabível, assim, interpretações baseadas tão somente numa suposta eficiência do mercado para executar um serviço de natureza pública sem levar em consideração os fins sociais que lhe são intrínsecos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção política pelo sacrifício dos direitos sociais em benefício da mercantilização dos serviços típicos de Estado e voltados para o bem comum atingem diretamente o próprio regime democrático, na medida em que enfraquecem o status de cidadão, especialmente quando se tem em vista que sem direitos básicos é inconcebível a fruição dos direitos políticos e civis.

Padece de fundamento o pressuposto de redução de investimento público para a efetivação de direitos sociais em razão de sua natureza dispendiosa. Todos os direitos demandam custos. Cabe ao Estado a escolha política sobre quais devem ser priorizados, de forma que não se pode aceitar os cortes financeiros nos direitos sociais como único caminho possível. Pelo contrário, numa sociedade com altos índices de desigualdade social a atuação

estatal mostra-se ainda mais relevante para o desenvolvimento nacional colocado como objetivo fundamental da república.

A educação superior, como tantos outros direitos fundamentais de caráter social, foi capturada pelo setor privado em razão do seu alto potencial de lucro, o que ocorreu em paralelo à secagem financeira da universidade pública. Entretanto, não se pode descaracterizar a natureza desse serviço público, configurado entre outros elementos pela universalização da sua prestação.

A educação superior não é um setor cuja atuação do setor privado possa ocorrer dentro da lógica mercantilista do livre mercado, devendo ocorrer o planejamento, fiscalização e autorização estatal, a fim de que não seja desvirtuada a natureza precípua do ensino superior, nos termos estabelecidos na Constituição Federal.

Seguindo os ditames da Ordem Econômica Constitucional de 1988, o único caminho possível é o traçado pelo planejamento estatal, delineado sobre as bases da função social estratégica da educação como instrumento para o desenvolvimento do país e como mecanismo capaz de produzir a redução das desigualdades sociais e regionais, não admitindo, portanto, o lucro como fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p.190.

BERCOVICI, Gilberto. **O ainda indispensável direito econômico**. In: Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato [S.l: s.n.], 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma prática do constitucionalismo. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013b. p.384.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, Luís Fernando. **A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica**. Boletim de Ciências Econômicas, vol. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. Breve história da incorporação dos direitos sociais nas constituições democráticas brasileiras. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e de Seguridade Social**, São Paulo, v. 2, n. ja/ju 2007, p. 61-84, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “Custos dos Direitos” e Reforma do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. 310p.

CANO, Wilson. Brasil - construção e desconstrução do desenvolvimento. **Econ. soc.** Campinas, v. 26, n. 2, p. 265-302, ago. 2017. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182017000200265&lng=pt&nrm=iso]. Acessos em 24 de jul. 2020.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. A Constituição Econômica entre a Efetivação e os Bloqueios Institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n, 71, p. 677-700, jul/dez 2017. Acesso em 25 de maio de 2020.

DARDOT, P.; LAVAL, C.. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. 402p.p.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713. Out. 2007. Disponível em:[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 04 de nov. de 2020.

GRAU, Eros roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 384.

HÄBERLE, Peter. **Direitos fundamentais no Estado prestacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos**: Por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

MEGUINS, Rosimê da Conceição. NEOLIBERALISMO E HETERONOMIA: a sobrecarga do trabalho docente. In: CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso (org.). **Políticas de financiamento da educação superior num contexto de crise**. Campinas: Mercado de Letras, 2017. p. 313-333.

NAPOLITANO, Celso. Os tortuosos caminhos de uma mina de dinheiro. In: MARINGONI, Gilberto. **O Negócio da Educação**: aventuras na terra do capitalismo sem risco. São Paulo: Olho D'Água, 2017. Cap. 1. p. 11-26.

NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **O poder econômico na educação superior:** uma análise da mercantilização do ensino superior no Brasil sob a ótica do Direito Econômico. Teresina. Editora da Universidade Federal do Piauí – Edufpi, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A universidade no século XXI:** para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. 3. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** 6. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

PLATAFORMIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NO CONTEXTO DA INDÚSTRIA 4.0

Letícia Pereira Lima¹

Pollyanna Sousa Costa Tôrres²

Francisco Meton Marques de Lima³

Resumo: Ao lado dos trabalhadores precarizados de forma regulamentada, em contratos terceirizados, intermitentes ou flexibilizados pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), emerge a nova classe de trabalhadores uberizados. Considerados autônomos ou empreendedores de si mesmos, numa lógica perversa da racionalidade neoliberal, tais trabalhadores têm suas condições de trabalho sobre forte dependência econômica e sob subordinação jurídica das empresas de plataformas digitais. Nesse sentido, o Estado, enquanto protetor da Ordem Social e Econômica, precisa implementar mecanismos eficazes de proteção jurídica aos trabalhadores por aplicativo, direcionar sua ação pública para a promoção da dignidade de trabalhadores vistos como essenciais durante a pandemia, mas invisíveis para acessar os direitos sociais. Uma racionalidade coletiva, em contraposição

1 Advogada. Mestranda e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

2 Procuradora do Trabalho da 22ª Região. Mestranda e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI).

3 Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor vinculado ao Departamento de Ciências Jurídicas e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

ao neoliberalismo acionado em todas as instâncias da vida, deverá ser conquistada através de muitas resistências à precarização do trabalho. Os trabalhadores precários, vinculados a aplicativos que burlam todo tipo de regulação, já demonstram fortes sinais de que fortalecer os vínculos coletivos entre o precariado – a parcela da classe trabalhadora mais vulnerável à exploração – é um caminho de enfrentamento à precarização estrutural do trabalho.

Palavras-chave: precarização do trabalho; uberização; neoliberalismo.

Abstract: Alongside regulated insecure workers, in outsourced contracts, intermittent or relaxed by the Labor Reform (Law No. 13,467/2017), the new uberized workers class emerges. Considered autonomous or self-employed, in a perverse logic of neoliberal rationality, these workers have their working conditions under strong economic dependence and under the legal subordination of digital platform companies. In this sense, the State, as protector of the Social and Economic Order, needs to implement effective mechanisms of legal protection for workers by application, direct its public action towards the promotion of the dignity of workers seen as essential during the pandemic, but invisible to access rights social. A collective rationality, in contrast to the neoliberalism triggered in all instances of life, must be achieved through many resistances to precarious work. Precarious workers, linked to applications that circumvent all types of regulation, are already showing strong signs that strengthening the collective bonds between the precarious - the part of the working class most vulnerable to exploitation - is a way of coping with the structural precariousness of work.

Keywords: precarious work; uberization; neoliberalism.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, desde a sua formação, tem a centralidade na regulação do trabalho livre e subordinado, girando, assim, em torno da relação de emprego um conjunto de normas e princípios de direito internacional e de direito interno necessários para assegurar um patamar civilizatório mínimo de proteção ao ser humano trabalhador.

No entanto, embora não tenha se concretizado a profecia sobre o fim do trabalho, essa instituição vem sofrendo uma profunda transformação em sua organização e natureza, em razão da utilização de novas tecnologias (TIC), adotadas pela chamada indústria 4.0 e pela nova economia de compartilhamento (*gig economy*), que têm alterado substancialmente o sistema de produção capitalista (SCHWAB, 2016).

No final do século XX, observou-se no cenário mundial uma forte crise estrutural do capitalismo, que em busca de sua recuperação, iniciou um processo de reorganização das forças produtivas, causando enorme impacto no mundo do trabalho. Iniciou-se, portanto, um sistema de gestão empresarial e laborativa, oriundo do Japão, que se expandiu para o ocidente, denominado Toyotismo, o qual introduziu as noções de produção flexível e enxuta e de desconcentração, por meio da subcontratação de empresas, o que foi bem recepcionado pelo capitalismo global (LEME; RODRIGUES; JÚNIOR, 2017). Esses fatos demarcam o início da precarização, desregulamentação e da terceirização da força humana trabalhadora, situação que só veio a piorar nas três últimas décadas com a chamada uberização do trabalho, entendida “como um amplo processo de informalização do trabalho” (ABILIO, 2020, p.13)

Hoje, ao lado dos “terceirizados precarizados” emerge a nova classe de uberizados, considerados autônomos ou empreendedores de si mesmos, numa lógica perversa da racionalidade neoliberal, tendo em vista que tais trabalhadores continuam sobre forte dependência econômica e, mais do que isso, sob subordinação jurídica das empresas de plataformas digitais, como veremos a seguir.

2 INDÚSTRIA 4.0: PLATAFORMAS DIGITAIS E CAPITALISMO DE PLATAFORMA

Embora não tenha se concretizado a profecia sobre o fim do trabalho (HARARI, 2018), com a substituição total do homem pela máquina, nem haja previsão para tal substituição no futuro próximo, torna-se necessário analisar as interrelações entre tecnologia e trabalho, tendo em vista que esta última instituição vem sofrendo uma profunda transformação em sua organização e natureza, em razão das inovações tecnológicas, adotadas pela chamada indústria 4.0 e pela nova economia de compartilhamento (*gig economy*), que têm modificado substancialmente o sistema de produção capitalista, “alterando profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos” (SCHWAB, 2016).

Entre as inúmeras denominações dadas ao novo fenômeno as principais são: capitalismo de plataforma, economia de compartilhamento, economia de bico (*gig economy*) e uberização. Na contemporaneidade, o chamado capitalismo de plataforma inaugurou um paradigma sem precedentes que também tem transformado as relações de trabalho. O mundo está deixando de ser analógico e passando a ser digital e isso tem grandes consequências sobre o trabalho humano. A empresa, que era a

organização dinâmica dos meios de produção, tende a diminuir ao máximo os custos agregados, inclusive custos com mão de obra, sendo proprietária muitas vezes apenas de uma ideia.

Nesse contexto, estamos observando a generalização da plataformização do trabalho como forma de alcançar algum trabalho ou manter o que se tem. Os termos plataformização e uberização neste artigo, por vezes, são usados como sinônimos, tendo em vista a grande confusão causada pelas inúmeras denominações que vêm sendo atribuídas ao novo fenômeno inaugurado pela Quarta Revolução Industrial (SCHWAB).

No tocante ao capitalismo de plataforma e com o intuito de entender a dinâmica da nova organização do trabalho dele oriunda, este artigo pretende abordar as duas principais formas de trabalho existentes atualmente, viabilizadas pelas chamadas plataformas digitais, quais sejam: Crowdwork e trabalho sob demanda, por meio de aplicativos.

No final do século XX, observou-se no cenário mundial uma forte crise estrutural do capitalismo, que em busca de sua recuperação, iniciou um processo de reorganização das forças produtivas, causando enorme impacto no mundo do trabalho. Iniciou-se, portanto, um sistema de gestão empresarial e laborativa denominado Toyotismo, o qual introduziu as noções de produção flexível e enxuta e de desconcentração, por meio da subcontratação de empresas, o que foi recepcionado pelo capitalismo global de forma irreversível (LEME; RODRIGUES; JÚNIOR, 2017). Esses fatos demarcam o início da precarização, desregulamentação e da terceirização da força humana trabalhadora, situação que só veio a piorar nas três últimas décadas com a chamada uberização do trabalho, entendida “como um amplo processo de informalização do trabalho” (ABILIO, 2020a, p.13)

O capitalismo de plataforma do século XXI é a potencialização do Toyotismo da década de 1970, na medida em que as plataformas estão modificando a própria organização empresarial e a descentralização das atividades avança de maneira sem precedentes, já que as empresas prestadoras de serviços da “antiga terceirização” passaram a ser substituídas por multidões de trabalhadores amadores e pulverizados ao redor do mundo hiperglobalizado.

Kalil (2020) conceitua o capitalismo de plataforma como uma forma de organização da produção e do trabalho com enfoque na economia digital e no uso da tecnologia da informação e da comunicação, de dados e da internet; além das plataformas como infraestruturas que viabilizam tais negócios. Nesse cenário, os novos capitalistas são os proprietários das plataformas digitais, havendo vários tipos de plataformas distintas que podem abarcar uma enorme gama de serviços, como os de limpeza, trabalho doméstico, transporte, tradução, a exemplo da UBER (plataforma de trabalho sob demanda) e da Amazon Mechanical Turk – MTurk (sob a modalidade de crowdwork).

Schwab (2016) aponta que as plataformas decorrem de um modelo viabilizado pelos efeitos em rede da digitalização, sendo intimamente ligadas ao mundo físico, com uma estratégia voltada para o lucro e a disrupção da economia. Afirma, ainda, ao manifestar preocupação com a desigualdade exacerbada causada pela nova economia, que:

os grandes beneficiários da quarta revolução industrial são os provedores de capital intelectual ou físico – os inovadores, os investidores e os acionistas; isso explica o fosso crescente entre a riqueza daqueles que dependem do seu trabalho e aqueles que possuem capital (SCHWAB, 2016, p.21).

Antonio Aloisi (2016) preconiza que as plataformas digitais para aparelhos sem fio cumprem o papel de infraestrutura invisível, conectando oferta e demanda de serviços e facilitando a interação entre indivíduos e empresas; além de atuarem como intermediárias. Enfatiza ainda que a adoção de seu modelo de negócio permite que as empresas aumentem seus lucros, uma vez que há cortes de custos fixos, com a terceirização de mão de obra.

Como veremos, existem plataformas que funcionam como grandes mercados *on-line* para combinar a demanda e a oferta de serviços dos “operadores autônomos” e plataformas que intervêm diretamente na forma como o trabalho é prestado, na fixação dos preços e do tempo do trabalho, impondo critérios de desempenho e avaliação, o que leva a se constituírem em verdadeiras empregadoras de mão de obra (ANTUNES; FILGUEIRAS, 2020; DE STEFANO, 2017).

A noção de economia de compartilhamento é uma das mais comuns para identificar as atividades comerciais e econômicas desenvolvidas em plataformas digitais. Assim, a noção de economia de compartilhamento envolve qualquer atividade baseada na utilização de plataformas de internet que permitem o *matching* imediato entre o usuário de um bem ou serviço e o sujeito que pode fornecê-lo, compartilhando o patrimônio de seus bens, competência e tempo que possui (LEME; RODRIGUES; JÚNIOR, 2017).

Contudo, o uso do termo economia de compartilhamento no sentido acima explicitado é objeto de inúmeras críticas, uma vez que originalmente “compartilhar” é uma transação social que ocorre entre pessoas que se conhecem, sem a intenção de lucro e motivadas pela solidariedade e pelo altruísmo (KALIL, 2020). Desse modo, como compartilhar com desconhecidos, em uma escala global desenvolvida pelas grandes plataformas? Tendo em vista que

estas visam lucro e implicam em relações de consumo e de trabalho, ainda que disfarçadas?

Como veremos a seguir esse “modelo compartilhado” esconde, por vezes, uma típica relação de emprego, embora a direção sobre a prestação dos serviços tenha passado a ocorrer de forma mais fluida, com um pouco mais de autonomia do trabalhador quanto ao local e ao horário de trabalho. Por outro lado, estabeleceram-se meios novos e obscuros no gerenciamento desse trabalho, efetuado através dos algoritmos, informados por um pleno mapeamento do processo de trabalho (ABÍLIO, 2020b; 2019).

Outro termo também bastante comum para definir a prestação de atividades econômicas através de plataformas digitais é economia de bico (gig economy). Tal noção traduz a ideia de que as atividades disponíveis para serem prestadas pelos trabalhadores são de curto prazo, precárias e intermitentes; expondo-os a uma alta rotatividade, para que transitem entre trabalhos formais e informais (KALIL, 2020). Vê-se, portanto, a inadequação da utilização do referido termo, tendo em vista a sua amplitude, uma vez que abrange vários outros setores da economia e não trata das especificidades do fenômeno da plataformização.

Por fim, o termo uberização, popularmente difundido, é visto por muitos como também inapropriado por ressaltar os negócios de apenas uma dessas plataformas, no caso a empresa UBER e não abranger outras formas de trabalho via plataformas digitais, como o crowdwork. Desse modo, no presente artigo procuramos utilizar o termo plataformização do trabalho.

Em 2019, as cinco Big Techs americanas: Google; Apple; FB; Amazon e Microsoft, detinham 20% da riqueza das 500 maiores empresas dos EUA. Ao lado das referidas Big Techs americanas que

aumentam a cada dia os seus lucros, o Brasil possui suas próprias plataformas digitais que operam seus negócios neste ambiente, onde também se observa um enorme e crescente aumento de lucros, notadamente neste período pandêmico. As plataformas digitais que operam no Brasil são uma espécie de sub-plataformas destas outras que são a raiz desta forma de intermediação, com a crescente utilização de trabalhadores brasileiros no processo de plataformização.

Abílio (2020a, p.13, 2020b, 2019) define genericamente a uberização como sinônimo de precarização das relações de trabalho e também

como uma nova forma de organização, gerenciamento e controle do trabalho, que se apresenta como uma tendência global. Apesar de ter ganho visibilidade com o trabalho de plataforma [...] a uberização transcende-o: é fruto de décadas de eliminação de direitos, da dispersão global e, ao mesmo tempo, centralizada de cadeias produtivas – aliadas à liberalização de fluxos financeiros e de investimento – e o desenvolvimento tecnológico, que fundamenta novas formas de organização e controle do processo de trabalho.

A desregulamentação desse fenômeno no campo do Direito do Trabalho sem que o Poder Judiciário possa dar uma resposta coerente aos princípios da proteção, da primazia da realidade e do valor constitucional da dignidade humana gera praticamente uma legalização das condições precarizadas de trabalho, sendo as condições de trabalho precarizadas quando não proporcionam renda fixa ou vínculo empregatício, constituindo o que se chama também de economia do bico. A relação mascarada como “parceria”

busca burlar o respeito à legislação que vigora em relação ao vínculo empregatício ou a qualquer relação de trabalho, subordinado por “meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão”, conforme o art. 6º, parágrafo único, da CLT.

3 AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO NO CAPITALISMO DE PLATAFORMA E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Embora muitos ressaltem os benefícios do capitalismo de plataforma, como sendo um meio justo de promover o crescimento econômico e inserir mais pessoas no mercado de trabalho, tendo em vista que o emprego não é mais para todos, Frank Pasquale, citado por Renan Bernardi Kalil, apresenta uma contranarrativa a tais argumentos, ressaltando que as plataformas:

- (i) perpetuam as desigualdades e promovem a precariedade do trabalho, reduzindo o poder de negociação dos trabalhadores e a estabilidade no emprego;
- (ii) ampliam a discriminação, ao identificarem o rosto dos consumidores antes da concretização da transação comercial;
- (iii) concentram, em pequeno número de empresas, uma série de atividades, fazendo com que o controle dos esforços de regulação ocorra em benefício próprio;
- (iv) expandem-se inicialmente pela falta de regulação, pelo caráter de novidade, pelos efeitos de rede e pelo baixo investimento inicial de capital;
- (v) criam obstáculos para o crescimento econômico, na medida em que diminuem os salários;
- (vi) fazem com que os trabalhadores, para conseguirem sobreviver,

tenham de estar prontos para aceitar uma tarefa a qualquer momento; (vii) influenciam negativamente os usuários, uma vez que podem manipular as informações disponibilizadas com o objetivo de efetivar determinada transação comercial (KALIL, 2020, p. 76 e 77).

Valerio de Stefano (2016) aponta o trabalho sob demanda por meio de aplicativos e o *crowdwork* como as modalidades de trabalho no capitalismo de plataforma. Assim, o referido autor estabelece duas categorias distintas que estão fundadas na relação entre trabalho e territorialização para pensar essas múltiplas relações de trabalho atuais e os desafios para a sua regulação. Fala-se, portanto, em *crowdwork*, referente às relações de trabalho que são oferecidas e concluídas *on-line*, não havendo uma predeterminação necessária sobre a localidade física onde o trabalho será prestado, como o desempenhado pela *Amazon Mechanical Turk* e em trabalho sob demanda, por meio de aplicativos, que é aquele onde somente a combinação de oferta e demanda da força de trabalho ocorre *on-line*, sendo as atividades realizadas presencialmente, havendo uma determinação territorial prévia de onde deve ser prestado o serviço, este último é o caso da empresa UBER (DE STEFANO, 2016).

Segundo Oitaven, Carelli e Casagrande (2018), citando Supiot, no novo regime de trabalho *on-demand* a organização e o controle do trabalho são realizados por programação algorítmica, que substitui a aparente autonomia concedida ao trabalhador da plataforma, fazendo com que o mesmo apenas reaja em tempo real, à emissão dos comandos da empresa para que os objetivos pretendidos sejam alcançados. Assim, a inexistência de comandos pessoais por um preposto, típica da relação de emprego da época das revoluções industriais anteriores, aliada à iniciativa sobre a

jornada de trabalho e a propriedade dos instrumentos de trabalho cria para alguns a ilusão de que a autonomia se faz presente.

Contudo, pesquisas empíricas recentes demonstram a precarização das condições de trabalho dos plataformizados, a exemplo da pesquisa conduzida por Ludmila Costhek Abílio (2020a, 2019), entre os anos de 2014 a 2019, com motoboys. A pesquisa demonstra que o crescimento da adesão desse tipo de trabalhador aos aplicativos e a centralização da monopolização conquistada por algumas empresas-aplicativo delineiam um novo tipo de concorrência, um fator permanente de degradação das condições de trabalho e da remuneração. Nessa pesquisa, a autora demonstra, com depoimentos dos próprios uberizados, a precarização que os vem atingindo com o passar dos anos. Assim, enfrentam condições cada vez mais difíceis para a manutenção de seus rendimentos, o que na prática se traduz em extensão da jornada de trabalho a padrões irrazoáveis.

Por outro lado, as plataformas digitais propagam o discurso do empreendedorismo, contribuindo para o embaralhamento das relações capital-trabalho, uma vez que incentivam os uberizados a serem “chefes de si mesmos”, numa lógica de concorrência desmedida, própria do modelo neoliberal, que perpassa pela criação de novos modos de subjetivação, capazes de incutir no próprio sujeito precarizado a noção de que ele deve se comportar como uma verdadeira empresa. Assim, o sujeito empresarial, deve assumir todos os riscos do seu empreendimento e responsabilizar-se, ao máximo, por eventuais fracassos.

Vê-se, portanto, que apesar de muitos desses trabalhadores se enxergarem como autônomos, é necessário investigar a real natureza jurídica da relação que os une às plataformas digitais. Nesse sentido, à luz do direito internacional, constitucional, civil

e trabalhista, são vários os posicionamentos: a) há quem defenda a existência de vínculo de emprego; b) há quem preconize que se trata de trabalho autônomo e independente e c) há, por fim, quem perceba que tais relações se encontram num limbo, demandando a necessidade de criação de uma nova figura jurídica (3ª via). Para estes últimos, a insistência na configuração de uma típica relação de emprego tornaria inviável o modelo de negócios da economia de compartilhamento.

Desde os primórdios do direito do trabalho a categoria essencial desse ramo do direito é o trabalho livre e subordinado, girando, em torno da relação de emprego um conjunto de normas e princípios necessários para assegurar um patamar civilizatório mínimo de proteção ao ser humano trabalhador. Assim, tendo em vista a acentuada desigualdade econômica entre os trabalhadores e as empresas detentoras das grandes plataformas digitais, verifica-se a necessidade da aplicação do direito do trabalho a tais relações.

Nesse sentido, é importante observar que as condições de trabalho podem variar a depender do tipo de plataforma e do tipo de trabalho desempenhado. Contudo, é possível identificar algumas características comuns a todas as modalidades de trabalho do capitalismo de plataforma, tais como: a) a falta de controle pessoal e direto sobre os trabalhadores, embora para alguns autores o controle algorítmico seja ainda mais forte que o antigo controle exercido por superior hierárquico; b) a realização de tarefas bem definidas; c) a maior autonomia do uberizado com relação à jornada de trabalho e d) a propriedade dos instrumentos de trabalho pelo trabalhador.

A configuração da relação de emprego, contudo, é melhor observada na modalidade de trabalho sob demanda por meio de aplicativos, tendo em vista que nesse tipo de trabalho a plataforma utiliza-se da força de trabalho humana para o desenvolvimento de

uma atividade principal da empresa, fixando o preço do serviço e todas as demais condições em que o mesmo deve ser realizado. Apesar do discurso empresarial de que são empresas de tecnologia, meras intermediadoras entre oferta e procura, essa discussão encontra-se hoje superada por decisões judiciais internacionais, que já determinaram que a UBER desempenha essencialmente um serviço de transporte⁴.

Tendo em vista as características das relações de trabalho no capitalismo de plataforma, que segundo Renan Bernardi Kalil diferem, parcialmente, do conceito de relação de emprego, previsto no direito brasileiro, em razão de uma certa autonomia dos trabalhadores para determinar sua carga horária e disposição para o trabalho, por exemplo, torna-se necessário arquitetar uma nova solução jurídica para regular as citadas relações. Para tanto, o autor apresenta a proposta de criação e uma legislação especial com três categorias distintas para classificar os trabalhadores por aplicativos (trabalho sob demanda ou *crowdwork*): autônomos, dependentes e subordinados (KALIL, 2020).

Contudo, autores há que defendem a utilização da própria legislação constitucional e trabalhista já existentes para a configuração do vínculo de emprego de tais trabalhadores com as respectivas plataformas digitais. Nesse sentido, para Gaia (2019, p. 299):

as características existentes na relação de trabalho entre a UBER e os motoristas que realizam a atividade de transporte de passageiros permite confirmar a tese de que a natureza jurídica do vínculo que une esses sujeitos da relação de trabalho é empregatícia e não autônoma.

4 Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/uni%C3%A3o-europeia-determina-que-uber-%C3%A9-empresa-de-transporte/a-41873318>. Acesso em 20 nov. 2020.

Schwab (2016) indaga se a economia sob demanda é o começo de uma nova era do trabalho flexível, que irá empoderar qualquer trabalhador que tenha uma conexão de internet e eliminar a escassez de competências ou, ao contrário, se irá desencadear uma corrida para um mundo de fábricas virtuais não regulamentadas, um mundo do “precariado”, composto por uma nova classe de trabalhadores que se desloca de tarefa em tarefa para conseguir sobreviver, enquanto perde seus direitos trabalhistas e qualquer segurança no trabalho. Afirma, por fim, que a se confirmar este último cenário tal situação desencadeará uma fonte de agitação social e instabilidade política sem precedentes.

Analisando a situação em 2020, já podemos afirmar qual das alternativas pensadas por Schwab (2016) têm, infelizmente, prevalecido. O precariado criado pela Quarta Revolução Industrial quer liberdade e segurança econômica básica. Para tanto deseja controle sobre sua vida, um renascimento da solidariedade social e uma autonomia sustentável, enquanto rejeita velhas formas trabalhistas de segurança e paternalismo estatal. Com relação a essa nova classe “há necessidade de uma nova política de paraíso que seja leve e orgulhosamente utópica” (STANDING, 2020).

A questão da precarização das relações de trabalho no Brasil, portanto, é anterior à da plataformização, como lembra a professora Ludmila Costhek Abílio (2020a, 2019). Temos exemplos de flexibilização e precarização do trabalho na legislação que admite os parceiros do salão de beleza, na pejetização do setor de saúde, no transportador autônomo de cargas, nos vendedores de produtos de beleza (Natura). As plataformas utilizam hoje esse mesmo modelo precarizador.

Enquanto a matéria segue desregulamentada e os trabalhadores completamente desassistidos e precarizados,

temos uma massa de trabalhadores que se enquadra na noção de “preariado” de Guy Standing (2020) ou de “servos digitais” de Ricardo Antunes (2020). E como mudar esta realidade, uma vez que nem mesmo as plataformas que utilizam a força de trabalho humana (modalidade de trabalho sob demanda por aplicativos) têm cumprido o mínimo de proteção social?

Uma possibilidade seria seguir as recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, no que orienta quanto aos cinco princípios fairwork, para que se tenha um trabalho decente: 1. remuneração digna; 2. condições mínimas de segurança e saúde; 3. contratos mais transparentes, que reflitam a condição de trabalhador dessas pessoas (ainda que não empregados); 4. gestão transparente por parte da empresa de plataforma (em que se possa desvendar os algoritmos de forma a evitar a precarização e as discriminações no trabalho) e 5. representação decente desses trabalhadores, dando-lhes alguma voz.

Fairwork é um projeto liderado pela Universidade de Oxford, presente em 10 países (com pesquisadores também no Brasil), com a finalidade de pressionar as plataformas digitais por melhores condições de trabalho, a partir da noção de trabalho decente, desenvolvida pela OIT, viabilizando os cinco princípios acima explicitados⁵..

Outra alternativa seria incentivar diversas formas de associação e solidariedade entre esses profissionais com o maior engajamento dos trabalhadores através dos sindicatos incipientes que surgem e que estão se organizando também através de plataformas digitais, a exemplo do sindicato de youtubers (Europa) ou o sindicato dos jogadores de vídeo game (EUA). O sindicato dos Youtubers em associação com o IG Metall exige maior

5 Disponível em: <https://digilabour.com.br/2020/08/03/por-que-as-plataformas-devem-seguir-principios-de-trabalho-decente/>. Acesso em 20 nov. 2020.

transparência algorítmica e resistência a práticas de desmonetização que prejudicam os criadores de conteúdo e já estão começando a alertar que tais profissionais não são microempreendedores. No Brasil já começaram a surgir algumas experiências de resistência como o “breque dos aplicativos”, uma espécie de paralisação dos trabalhadores de plataformas, ocorrido em julho deste ano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A flexibilização de direitos trabalhistas, marcada pela precarização do trabalho, é um processo histórico que vem ocorrendo desde as alterações legais posteriores à promulgação da Constituição da República de 1988 e atinge seu ápice com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que trouxe ao ordenamento jurídico a prevalência da negociação coletiva sobre a legislação trabalhista (art. 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), o trabalho intermitente e, de um modo geral, a diminuição do valor econômico e social do trabalho. Apesar da centralidade do trabalho, nas sociedades capitalistas, o labor é visto sempre como custo dispensável e nunca como instrumento de sociabilidade e dignidade humana.

Uma das facetas da precarização estrutural das condições e relações de trabalho é a desregulamentação, sendo a sua maior expressão atual a uberização do trabalho. A uberização impõe a superexploração de trabalho humano através das plataformas digitais que conectam o motorista-trabalhador e o entregador-trabalhador ao consumidor que deseja um serviço privado de transporte ou de entregas de alimentos e mercadorias. A relação entre os aplicativos e seus trabalhadores não pode ser compreendida como mera relação de parceria, colaboração, autonomia, consumo,

empreendedorismo ou outro termo suave. Os aplicativos exploram trabalho subordinado, previsto em legislação (art. 6º, da CLT) e passível de subsunção legal e exigibilidade judicial, ainda que os Tribunais brasileiros estejam divergindo em seus julgados e atuando timidamente para proteger trabalhadores precários.

Em plena pandemia de doença letal ainda sem remédio ou vacinação em massa, os trabalhadores por aplicativo, além de não terem direito ao distanciamento e/ou isolamento social, não receberam, em sua amplitude enquanto categoria, qualquer equipamento de proteção contra o novo coronavírus. Os trabalhadores uberizados sobrevivem extremamente expostos ao risco de contrair a doença, a fim de dar suporte à sociedade em suas demandas domésticas em função do isolamento imposto, e ao trabalho num ritmo incessante sem as mínimas condições necessárias para protegerem a sua saúde e protegerem terceiros com os quais mantenham contato, tornando-se, portanto, mais vulneráveis ao coronavírus e suscetíveis de impulsionar a chamada transmissão comunitária.

Nesse sentido, o Estado precisa implementar mecanismos eficazes de proteção jurídica aos trabalhadores por aplicativo, direcionar sua ação pública para a promoção da dignidade de trabalhadores vistos como essenciais durante a pandemia, mas invisíveis para acessar os direitos sociais. É preciso romper com a racionalidade neoliberal que impõe o discurso do empreendedorismo e do individualismo como respostas a crises sanitárias e econômicas, que são crises inerentes também à fase atual do capitalismo. Uma racionalidade coletiva, em contraposição ao neoliberalismo acionado em todas as instâncias da vida, deverá ser conquistada através de muitas resistências à precarização do trabalho.

Os trabalhadores precários, vinculados a aplicativos

que burlam todo tipo de regulação, já demonstram fortes sinais de que fortalecer os vínculos coletivos entre o precariado – a parcela da classe trabalhadora mais vulnerável à exploração – é um caminho de enfrentamento à precarização estrutural do trabalho. A reorganização associativa e sindical parece ser, nesse momento adverso de legalização da precariedade e desregulação do trabalho, apenas reativa. Mas, durante essa reação, devemos iniciar uma reflexão profunda sobre os elementos estruturantes da superexploração da força de trabalho humana no Brasil para impor um projeto político de trabalho com dignidade humana para todos, de máxima felicidade social e erradicação das desigualdades.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Digital platforms and uberization: towards the globalization of an administrated South? **Contracampo**, Niterói, vol. 39, n. 1, p. 12-26, abr.-jul. 2020a. Disponível em: <<https://doi.org/10.22409/contracampo.v39i1>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time? **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 34, n. 98, p. 111-126, maio 2020b. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.008>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek . Uberization: from entrepreneurship to subordinated self-management. **Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad**, Valparaíso, vol. 18, n. 3, p. 1-11, nov. 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ALOISI, Antonio. Commoditized workers: case study research on labor law issues arising from a set of on-demand/gig economy platforms. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Milão, vol. 37, n. 3, p. 653-690, primavera 2016. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cllpj37&collection=journals&id=689&startid=689&enddid=726>. Acesso em: 26 jul. 2020.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. Digital platforms, uberization of work and regulation on current capitalism. **Contracampo**. Niterói, vol. 39, n. 1, p. 27-43, abr.-jul. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.22409/contracampo.v39i1>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo:** ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE STEFANO, Valerio. Crowdsourcing, the Gig-Economy, and the Law Introduction. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, v. 37, n. 3, 2016.

DE STEFANO, Valerio. Labour Is not a technology – reasserting the Declaration of Philadelphia In times of platform-work and gig-economy. **IUSLabor 2/2017**, Barcelona, p. 1-17, 2017. Disponível em: https://www.upf.edu/documents/3885005/58976718/Labour_is_not_technology_DeStefano.pdf/f0ae7b4f-d39e-0ff7-1421-2cb0eb512977. Acesso em: 17 ago. 2020.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho:** aspectos da subordinação jurídica disruptiva. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21.** Tradução Paulo Geiser. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KALIL, Renan Bernardi. **A regulação do trabalho via plataformas digitais.** São Paulo:Blucher,2020. Originalmente apresentado como tese de doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.

LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; JÚNIOR, José Eduardo de Resende Chaves. **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano:** a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

OITAVEN, Juliana C. C.; CARELLI, Rodrigo de L.; CASAGRANDE, Cassio L. **Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos.**

Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. 1. ed.; 6 reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2020

IDENTIDADES SOCIAIS E SUJEITOS COLETIVOS NOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE NA REGIÃO DAS MISSÕES/RS¹

Sandra Vidal Nogueira²

Osmar Veronese³

Resumo: as políticas públicas em Saúde passaram a ter, desde a Constituição de 1988, um *status* mais democrático. Estruturou-se no Brasil um modelo legitimado de participação popular. Dentre as instâncias colegiadas capazes de articular a dinâmica participativa prevista pelo Sistema Único de Saúde (SUS) está o Conselho Municipal de Saúde (CMS). Nesse sentido, objetiva-se dar visibilidade à dimensão institucional do CMS, revisitando as

1 Este Texto foi apresentado no *VII Congresso de Processo Coletivo e Cidadania e o I Congresso Internacional da Rede Ibero-Americana de Pesquisa em Seguridade Social*. Rio de Janeiro: UNAPER, 2019.

2 Pós-Doutora em Direito (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões-URI, *Campus* Santo Ângelo, RS), Doutorado em Educação (PUCSP). Professora e Pesquisadora na Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS), vinculada ao Programa de Mestrado em Desenvolvimento e Políticas Públicas, *Campus* de Cerro Largo, RS. E-mail: sandra.nogueira@uffs.edu.br Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2278-960X>

3 Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales (Universidad de Valladolid/Espanha). Professor e Pesquisador na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões-URI, *Campus* Santo Ângelo, RS, vinculado do Programa de Pós-Graduação em Direito. Procurador, na Procuradoria da República de Santo Ângelo/Ministério Público Federal. Líder do Grupo de Pesquisa: “*Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas*”, CNPQ/URI. E-mail: osmarveronese@gmail.com Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-9927-7242>

concepções sobre o seu funcionamento, em face da redefinição do papel do Estado, do processo de descentralização administrativa e financeira. A partir de uma abordagem multireferencial e propositiva, a historicidade regional foi priorizada. A análise proposta faz uso da Plataforma do Sistema de Acompanhamento dos Conselhos de Saúde – SIACS (2016-2017) e estrutura-se em três partes. Na primeira parte trata da *“A universalidade da assistência e a democracia do controle social”* ao abordar a consecução dos direitos fundamentais. Na segunda focaliza *“O SUS e a criação de espaços colegiados”*, em face de uma definição mais abrangente de bem-estar e da articulação de novas formas de organização da vida produtiva. E, na terceira parte, destaca *“O SIACS e o perfil dos Conselhos de Saúde na Região das Missões/RS”*, fazendo uma leitura multireferencial sobre a realidade existente em 27 municípios gaúchos.

Palavras-chaves: Democracia participativa. Controle social. Conselhos municipais de saúde. História regional.

Abstract: public health policies have had a more democratic status since the 1988 Constitution. A legitimate model of popular participation was structured in Brazil. Among the collegiate bodies capable of articulating the participatory dynamics provided by the Unified Health System (SUS) is the Municipal Health Council (CMS). In this sense, the objective is to give visibility to the institutional dimension of the CMS, revisiting the conceptions about its functioning, in view of the redefinition of the role of the State, of the administrative and financial decentralization process. From a multi-referential and propositional approach, the regional historicity was prioritized. The proposed analysis makes use of the Health Councils Monitoring System Platform - SIACS (2016-2017) and is divided into three parts. In the first part it deals with *“The universality of assistance and the democracy of social control”* in addressing

the attainment of fundamental rights. The second focuses on “*SUS and the creation of collegiate spaces*”, in view of a broader definition of well-being and the articulation of new forms of organization of productive life. And in the third part, he highlights “*SIACS and the profile of the Health Councils in the Missions Region/RS*”, taking a multi-referential reading about on the reality existing in 27 gauchos municipalities.

Keywords: Participatory democracy. Social control. Municipal health councils. Regional history.

1 INTRODUÇÃO

O Setor da Saúde brasileiro foi um dos primeiros segmentos protagonista nos debates sobre a conspeção dos direitos fundamentais no País, por meio da estruturação de um modelo de saúde baseado na universalidade da assistência e na ação democracia do controle social⁴, incentivando, assim, a emergência de uma cultura organizacional legitimada por práticas sociais de participação popular também nos núcleos decisórios de gestão.

Verifica-se, assim, que o modo de planejar, executar e avaliar as políticas sociais, sobretudo no Setor da Saúde, passou a ter, desde a promulgação da Constituição de 1988, um *status* mais democrático, estabelecendo diretrizes que marcaram a ascensão de um novo modelo de gestão baseado, na descentralização política e administrativa da União para as demais unidades federadas, na responsabilidade do Estado, na participação da população, na

4 Embora a expressão ‘controle social’ seja mais conhecida, na área da saúde, atrelada a ideia de participação social, Silva, Cruz e Melo (2007, p. 685) advertem: “*a expressão controle social tanto é empregada para designar o controle do Estado sobre a sociedade, quanto para designar o controle da sociedade sobre as ações do Estado*”.

formulação e no controle em todos os níveis de governo.

Ao instituir uma nova modalidade de relacionamento entre a sociedade e o Estado, o Setor da Saúde, preconiza a ampliação dos canais participativos, por meio da criação de espaços colegiados de organização de coletivos, que servem de modelo para o alargamento da democracia de alta intensidade no Brasil, reforçando a importância do uso de métodos mais adequados para viabilizar a opção por um regime político dessa natureza.

Dentre as instâncias colegiadas capazes de dar viabilidade para toda essa estrutura participativa proposta pelo Sistema Único de Saúde (SUS), surge à ideia de criação de Conselhos Municipais de Saúde. Nessa perspectiva, torna-se fundamental, quase trinta anos de promulgação da Constituição vigente no Brasil, entender a concepção que orienta a formulação desses Conselhos, a dinâmica de funcionamento dessas novas organizações coletivas em face da redefinição do papel do Estado, do processo de descentralização administrativa e financeira da esfera federal para os níveis estadual e municipal e também da municipalização da Saúde. Aliado a isto, faz-se necessário e oportuno, a elaboração de estudos analíticos que possam mapear o perfil desses Conselhos, nos níveis micro e macrorregionais, utilizando a plataforma do Sistema de Acompanhamento dos Conselhos de Saúde (SIACS).

Desse ponto de vista, o artigo elaborado resulta de um esforço investigativo, alicerçado em estudos sobre o desenvolvimento, o direito e as políticas públicas em saúde. A partir de uma abordagem multireferencial e propositiva, a perspectiva da historicidade regional foi priorizada, com base no entendimento de que, a realidade local e regional criada pela experiência da atividade humana colegiada dos conselhos de saúde é fundamental para o fortalecimento das identidades dos sujeitos

coletivos, considerando o espectro global da democracia brasileira (MACHADO e PATRIOTA, 2003). Utilizando, assim, ferramentas de análise documental e bibliográfica como técnica de coleta de dados, o trabalho realizado está organizado em três partes, descritas a seguir.

Na primeira parte, “A adoção de um modelo de Saúde no Brasil baseado na universalidade da assistência e na ação democracia do controle social”, busca-se abordar o protagonismo do Setor da Saúde na implementação dos direitos fundamentais. Na segunda parte, “O SUS e a criação de espaços colegiados para a organização das Identidades Sociais e dos Sujeitos Coletivos”, destaca-se a emergência da noção de promoção da saúde em prol de uma definição mais abrangente de bem-estar e articulação das formas de organização social da vida produtiva. E, na terceira parte, “O SIACS e um perfil dos Conselhos de Saúde na Região das Missões/RS” (BRASIL, 1986), procura-se fazer uma leitura multireferencial e propositiva sobre a formação dos próprios CMS e também a constituição de suas mesas diretoras, a partir da realidade existente em 27 (vinte e sete) municípios gaúchos. São eles: Bossoroca, Caibaté, Cerro Largo, Dezesseis de Novembro, Entre-Ijuís, Eugênio de Castro, Garruchos, Giruá, Guarani das Missões, Mato Queimado, Pirapó, Porto Xavier, Rolador, Roque Gonzalez, Salvador das Missões, Santo Ângelo, Santo Antonio das Missões, São Borja, São Luiz Gonzaga, São Miguel das Missões, São Nicolau, São Paulo das Missões, São Pedro do Butiá, Sete de Setembro, Itacuruci, Ubiretama e Vitória as Missões.

2. A UNIVERSALIDADE DA ASSISTÊNCIA E A DEMOCRACIA DO CONTROLE SOCIAL

A realização da VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), em março de 1986 é, pois, considerada um marco histórico na ruptura com a velha visão curativa e imediatista de saúde, em prol de uma definição mais abrangente e que pudesse incorporar um sentido progressivo de articulação nas formas de organização social da vida produtiva.

Em primeiro lugar, ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem os limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se está convencendo chamar a Reforma Sanitária (BRASIL, 1986, p 10).

Isso significa afirmar a ideia de promoção da saúde, vislumbrada a partir de uma série de fatores determinantes e condicionantes do que se entende por bem estar físico, mental e social dos indivíduos e da coletividade, como por exemplo, a alimentação, a moradia, o saneamento, o trabalho, a renda, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Ao apresentar a defesa de um conceito amplo de saúde e desta noção como sendo uma conquista social, o Relatório Final da VIII CNS (BRASIL, 1986), serviu de referência à Constituição de 1988, na perspectiva de fazer com que a democracia política pudesse se fazer acompanhar de sua base indispensável: a democracia social, fundada em maior equidade. Nessa perspectiva

conceitual, de acordo com Bispo Jr. e Gerschaman (2013, p. 8) “(...) o sentido da democracia é determinado a partir do espaço ocupado na condução dos destinos políticos e econômicos da sociedade (...)” Outrossim merece destaque o Art.196.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

A carta magna, por sua vez, ao assumir este *locus* paradigmático, institucionaliza o Sistema Único de Saúde (SUS), que é regulamentado, em setembro de 1990, pela Lei nº 8.080, com a intenção de assegurar saúde para todos/as e definir o papel o papel da sociedade na gestão do serviço de saúde. “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Para realizar a Missão para o qual foi concebido, o SUS é regido pelos princípios de universalidade, integralidade, descentralização e participação social, sendo, pois, formado por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, sob a administração direta do Poder Público das respectivas esferas de governo. A porta de entrada da população ao SUS é a sociedade civil e sua participação é garantida nos espaços institucionais através daquilo que se denominou de conselhos gestores de políticas públicas setoriais. Para Veronese e Veronese (2017, p. 06)

O conteúdo do direito à saúde sempre vai depender do que se entende por saúde e do momento histórico estatal no qual se insere tal direito. Numa concepção

individualista, liberal, a saúde corresponde somente à ausência de doenças, vista a partir do resultado (ter ou não a patologia), sem se preocupar com os motivos que deram causa ao surgimento do mal. Em uma perspectiva coletiva, a saúde depende das condições de vida comunitariamente compartilhada.

A formação de um novo cenário se deve, em grande medida, às reformas políticas, econômicas, administrativas, institucionais que acabaram por influenciar significativamente a organização interna do aparato estatal e o padrão das relações entre setores públicos e privados, criando outros canais de interlocução entre os entes federados e entre estes e os novos atores sociais. Contudo, Bispo Jr. e Gerschman (2013, p. 08), fazem um alerta: a questão é mais complexa.

Os avanços do capitalismo liberal e a necessidade de multiplicação dos negócios das oligarquias proprietárias, que deveria contar com o aval e o consentimento popular, determinou a restrição da democracia à dimensão mínima de forma e procedimento. (...) Nessa conjuntura, as correlações de força se alteraram e a democracia representativa passou a ser questionada como método capaz de responder às demandas materiais, culturais e por participação da sociedade. (...) devemos destacar que o alargamento da democracia corresponde a muito mais que a ampliação dos locais onde se exerce o ato de votar. A ampliação da democracia fundamenta e, sobretudo, nos resultados do processo democrático. Assim, é necessário resgatar o sentido substantivo da democracia, não como procedimento eleitoral ou,

apenas, multiplicação das arenas, mas fortalecer o ideal democrático em seu sentido de justiça social.

O propósito de ampliar a democracia, concebida na interface de regime e método, requer um passo a diante, porque a ampliação da democracia fundamenta-se, sobretudo, nos resultados do processo democrático e estes, sofrem influência direta das aproximações existentes entre formas de governo e ideologias adversas (SANTOS, 2010). Nesse sentido, deve-se ir além do espectro das condições para realização de um processo eleitoral, propriamente dito, para que seja possível analisar, de modo mais detalhado, os principais conflitos existentes entre a expectativa da criação de políticas públicas que possam concretizar os direitos conquistados, portanto, assegurados em Lei e as barreiras efetivas, de ordem política e econômica para sua implementação. Isto significa dizer, em última instância, recuperar o sentido substantivo da democracia. Ou seja, promover indagações sobre quem tem o direito de participar, de qual participação se trata e quais são suas modalidades, compreendendo, assim, em que condições o aval e o consentimento popular, protagonizam por vezes um movimento inverso, que vai à direção de reforçar restrições à própria democracia, em sua dimensão mínima de forma e procedimento.

3. O SUS E A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS COLEGIADOS

A estrutural organizacional do SUS garante aos usuários, prestadores de serviço, representantes dos demais segmentos profissionais e aos trabalhadores de saúde e gestores, o direito e o dever de deliberar sobre o planejamento, a formulação, a execução e a fiscalização das ações de saúde, assim como a gestão financeira

e administrativa do próprio Sistema. A esse respeito há de se fazer dois esclarecimentos.

Em princípio usuário são todos os cidadãos, porém ao participar de um conselho deve-se considerar alguns critérios. Podem ser representantes do segmento usuário, pessoas de entidades privadas, movimentos comunitários e organizados como pessoa jurídica, que participam de movimentos em defesa no que diz respeito à área social. Para fins de segmento para o conselho, só pode ser usuário aquele que não detém condição de ser escolhido como representante dos demais segmentos (profissional e trabalhador de saúde, gestor e prestador de serviço). Isto quer dizer que usuário é a pessoa não comprometida direta ou indiretamente, a qualquer dos demais segmentos, não pode ter qualquer vínculo empregatício na área da saúde, nunca deve ser indicado e sim eleito pelos seus pares (BRASIL, 1990a).

O SUS, não é gratuito, ele é custeado por todos nós através dos impostos recolhidos pelo governo. Segundo os artigos 196 e 198 da Constituição Federal, o financiamento do SUS é responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Lei nº 8.080/90 determina que os recursos financeiros do SUS sejam depositados em contas especiais (Fundos de Saúde) em cada esfera de sua atuação, movimentados pela fiscalização dos Conselhos de Saúde e transferidos automaticamente a partir da receita efetivamente arrecadada e distribuídos para os fundos (BRASIL, 1990b).

Objetivando dar viabilidade à estrutura participativa criada foi estabelecida uma série de instâncias colegiadas, inicialmente, pelas Leis Federais nº 8.080/90 (BRASIL, 1990a) e nº 8.142/90 (BRASIL, 1990b) e o Decreto nº 5.839/2006 (BRASIL, 2006) e ampliada pelas Resoluções nº 333/2003 (BRASIL, 2003) e nº

453/2012 (BRASIL, 2012), do Conselho Nacional de Saúde. São elas: os Conselhos e as Conferências de Saúde, o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CNASEMS). Desta forma, seguindo todo esse ordenamento jurídico, a criação de Conselhos de Saúde deve atender prerrogativas firmadas nas três esferas: municipal, estadual e federal.

O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (BRASIL, 1990).

Para dar sustentação ao modelo organizacional proposto, garantir a efetividade e, porque não dizer, a própria vitalidade democrática desses Conselhos, em sua dinâmica processual, a questão da autonomia institucional acabou sendo fator preponderante, acrescida da articulação com outras entidades, tais como o Ministério Público e outros conselhos gestores de políticas públicas.

Há de se considerar, também, forte tendência de descentralização, que por sua vez, “(...) tem determinado a ampliação dos conselhos de saúde que ora se estabelecem também em Conselhos Regionais, Conselhos Locais, Conselhos Distritais de Saúde, incluindo os Conselhos Distritais Sanitários Indígenas” (BRASIL, 2003, p. 04). Outro elemento essencial é a dimensão de controle social, que reflete o sentido fiscalizatório e a vocalização de denúncias, numa dupla direção, ou seja, “(...) a dura realidade da exclusão social e o

caráter secularmente clientelista e privatizado do Estado brasileiro. (...), onde parece mais importante ‘impedir o Estado de transgredir’ do que ‘induzi-lo a agir’” (BRASIL, 1995, p. 28). Pode-se afirmar, com isso, que a institucionalização dos Conselhos de Saúde no Brasil possui em significado bastante peculiar.

Nem conquista de uma sociedade consciente nem concessão de um Estado benevolente. De um lado, uma crescente permeabilização do Estado às demandas/reivindicações de setores sociais até então excluídos ou pouco contemplados nas agendas públicas, suscitando ‘modificações na arquitetura institucional do Estado’ em direção à criação de espaços permanentes de presença desses setores através de suas representações. (...) De outro lado, a sociedade que, no amadurecimento de suas lutas, evolui das demandas por acesso aos serviços de saúde para a demanda por acesso à gestão setorial em todos os níveis (BRASIL, 1993, p. 46-47).

Ao se constituírem espaços deliberativos para a tomada de decisões sobre a Área da Saúde, investidos de poder de governo e com a finalidade de assegurar princípios constitucionais, coloca-se em prática no País um novo padrão de relacionamento entre Estado e Sociedade Civil. Desse ponto de vista, de acordo com Carvalho (1995, p.31) “(...) nada há na história do Estado brasileiro que se assemelhe aos Conselhos de Saúde (...), seja pela representatividade social que expressam, seja pela gama de atribuições e poderes legais de que são investidos, seja pela extensão em que estão implantados por todo o país (...)”

A criação de novos arranjos institucionais direcionados para a efetivação das instâncias de participação popular tem representado

um salto político para o Setor da Saúde no Brasil, porém, há um passo além a ser dado, ou seja, é necessário que ocorra um maior fortalecimento da institucionalidade democrática dessas instâncias, de modo que elas possam reconhecer e processar as demandas que surgem, influenciando efetivamente na formulação das políticas públicas. Caso contrário, a tendência dos Conselhos de Saúde é de movimentos sucessivos de acomodação às condições locais e dos órgãos públicos.

Nessa perspectiva, há de se identificar quais são as fragilidades e os dilemas que possam comprometer a atuação desses colegiados na direção de promover avanços concretos na perspectiva democrática. A tarefa precípua reside, assim, em entender a dinâmica de funcionamento das novas organizações coletivas em face da redefinição do papel do Estado, do processo de descentralização administrativa e financeira da esfera federal para os níveis estadual e municipal e também da municipalização da Saúde. Para tanto, torna-se fundamental a elaboração de estudos analíticos objetivando desvelar o perfil de capilaridade dos mecanismos de controle social, a partir do mapeamento do perfil dos Conselhos de Saúde, nos níveis micro e macrorregionais. A principal base de dados disponível no País para iniciar este trabalho é a plataforma do Sistema de Acompanhamento dos Conselhos de Saúde (SIACS).

4. O SIACS E O PERFIL DOS CONSELHOS DE SAÚDE NA REGIÃO DAS MISSÕES/RS

O Sistema de Acompanhamento dos Conselhos de Saúde (SIACS) é mais uma ferramenta de comunicação e informação criada pelo Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Saúde

para contribuir com a efetividade do Controle Social. O SIACS apresenta uma rede de dados mostrando a composição dos colegiados e o cumprimento de normas legais relacionadas ao Sistema Único de Saúde. Alguns dados merecem destaque e serão descritos e analisados na sequência.

Para fins de análise do estudo realizado, o biênio de 2016-2017 foi tomado como base, do ponto de vista estatístico, ou seja, referencial mediano da década 2010-2019. Nesse sentido, são identificados 26 conselhos estaduais e do Distrito Federal, 36 conselhos distritais de saúde indígena e 5.631 conselhos municipais. Porém nem todos constam no SIACS. Em relação aos conselhos municipais, por exemplo, 80,61% deles estão registrados no SIACS. Neste conjunto aparecem também diferenças regionais. São elas: a) na Região Centro-Oeste – 505 conselhos, com 79,21% de integração à base; b) na Região Nordeste - 1.803, com 80,20% de integração à base; c) na Região Norte - 457 conselhos, com 76,81% de integração à base; d) na Região Sudeste - 1.672 conselhos, com 71,59% de integração à base; e) na Região Sul - 1.194 conselhos, com 95,90% de integração à base.

A amostragem selecionada para fins de elaboração deste estudo foi à Região das Missões no Rio Grande do Sul. Formada por 27 (vinte e sete) municípios e localizada no Noroeste do estado é, pois, reconhecida pela dinâmica cultural em torno da formação do conjunto de povoados de índios guaranis “reunidos” por padres espanhóis da Companhia de Jesus a partir do século XVII.

Com base na consulta realizada ao SIACS, a partir da amostra escolhida, optou-se por traçar um perfil dos Conselhos Municipais de Saúde (CMS) entre 2016 e 2017, considerando algumas categorias de análise. O método selecionado para a elaboração deste Estudo foi à pesquisa qualitativa exploratória, baseada na abordagem

multireferencial e de natureza propositiva, utilizando como técnica de coleta de dados, ferramentas de análise documental e bibliográfica.

Tal concepção foi criada pelo pesquisador francês Jacques Ardoino, da Universidade de Paris VIII (ARDOINO, 1998) e representa o movimento de assumir uma postura mais qualificada, diante da complexidade do objeto em questão, construindo uma alternativa de trabalho, que vai exatamente à contramão daquilo que é proposto pelo modelo de se fazer ciência com base na decomposição em partes cada vez menores, apresentado pelo pensamento racionalista cartesiano e epistemologia positivista. *“É mais que uma posição metodológica, trata-se de uma decisão epistemológica”* (ARDOINO, 1998, p. 50). As mesmas foram elencadas de modo a dar possibilidade de uma leitura mais detalhada e plural, portanto, multireferencial e propositiva sobre a formação dos próprios CMS e também a constituição atual de suas mesas diretoras.

Nesse sentido foram identificadas 05 (cinco) principais categorias. São elas: a) os anos de criação dos CMS; b) a composição do quadro de membros titulares, distribuídos por segmento de representação; c) as entidades integrantes das mesas diretoras; d) a identificação dos/as presidentes/as dos CMS, em termos dos segmentos que representam suas faixas etárias e seus níveis de formação; e) os locais de funcionamento dos CMS, sede própria ou utiliza instalação de governos.

Em relação à primeira categoria, “os anos de criação dos CMS”, pode-se observar conforme identificado no Quadro nº 01 abaixo, que 1990 representa o marco inicial. Neste ano foram criados 04 (quatro) CMS. O primeiro deles surgiu em São Paulo das Missões, seguido por Dezesseis de Novembro, Eugênio de Castro e São Luiz Gonzaga, também precursores. Até o ano de 1999, dos

27 (vinte e sete) Municípios integrantes da Região das Missões/RS, 19 (dezenove) deles já possuíam seus CMS. Entre 2000 e 2005 mais 05 (cinco) CMS surgiram. Os 03 (três) últimos Municípios a terem CMS após 2005 foram, na sequência: Ubiretama, Roque Gonzales e Entre-Ijuís.

Quadro 01- Ano de criação dos CMS na Região das Missões/RS

Município	Ano de criação
São Paulo das Missões	07/05/1990
Dezesseis de Novembro	21/08/1990
Eugênio de Castro	16/11/1990
São Luiz Gonzaga	28/12/1990
Santo Ângelo	14/01/1991
Caibaté	22/02/1991
Guarani das Missões	19/03/1991
São Miguel das Missões	12/04/1991
Santo Antônio das Missões	15/04/1991
Bossoroca	03/05/1991
Pirapó	20/07/1991
Cerro Largo	19/09/1991
Porto Xavier	13/04/1993
Vitória das Missões	12/04/1994
São Pedro do Butiá	20/12/1994
São Borja	25/04/1995
Salvador das Missões	22/05/1997
Sete de Setembro	18/11/1997
Girúá	08/12/1998
Itacurubi	23/06/2000
São Nicolau	04/12/2000
Mato Queimado	11/01/2001
Rolador	25/01/2001
Garruchos	06/04/2004
Ubiretama	20/04/2006
Roque Gonzales	20/10/2009
Entre-Ijuís	27/07/2010

Fonte: SIACS, junho de 2017.

Em relação à segunda categoria, “a composição do quadro de membros titulares, distribuídos por segmento de representação”, pode-se observar conforme identificado no Quadro nº 02 abaixo, que

dos 436 membros titulares, o maior número deles está concentrado no segmento de usuários, com 218 participantes, seguido pelos trabalhadores da saúde com 96 participantes, representantes de governos com 68 e prestadores de serviços, 54 participantes. Dentre os 27 (vinte e sete), 02 (dois) Municípios possuem o maior número de membros titulares: Santo Ângelo com 40 e São Luiz Gonzaga com 32. Nestes dois Municípios também se evidencia a maior participação do segmento usuários. Os Municípios de Garruchos, Mato Queimado, Pirapó, Rolador, Sete de Setembro e Ubiretama possuem cada um dele 08 participantes cada um.

Quadro 02 - Membros Titulares dos CMS, por Segmento, na Região das Missões/RS

Municípios	Representantes por Segmentos				Subtotal
	Usuários	Trabalhadores da saúde	Prestadores de serviços	Representante dos governos	
Santo Ângelo	20	10	05	05	40
São Luiz Gonzaga	16	08	04	04	32
Santo Antônio das Missões	14	07	02	05	28
Caibaté	12	06	02	04	24
Cerro Largo	12	06	03	03	24
São Paulo das Missões	12	06	02	04	24
São Borja	10	05	03	02	20
Bossoroca	09	03	03	03	18
São Miguel das Missões	09	03	04	02	18
Entre-Ijuís	08	04	02	02	16
Giruá	08	01	03	04	16
Porto Xavier	08	04	01	03	16
Roque Gonzales	08	04	02	02	16
São Nicolau	08	04	01	03	16
Dezesseis de Novembro	06	03	-----	03	12
Itacurubi	06	02	01	03	12
Salvador das Missões	06	01	01	04	12
São Pedro do Butiá	06	02	01	03	12
Vitória das Missões	06	02	02	02	12
Eugênio de Castro	05	03	02	-----	10
Guarani das Missões	05	01	03	01	10
Garruchos	04	02	02	-----	08
Mato Queimado	04	02	-----	02	08
Pirapó	04	01	02	01	08
Rolador	04	02	02	-----	08
Sete de Setembro	04	02	01	01	08
Ubiretama	04	02	-----	02	08
Subtotal	218	96	54	68	436

Fonte: SIACS, junho de 2017.

Em relação à terceira categoria, “as entidades integrantes das mesas diretoras”, pode-se observar conforme identificado no Quadro nº 03 abaixo, que 15 (quinze) Municípios não registram esta informação adequadamente, fato esse que prejudica a interpretação desses dados. Fazendo uma leitura daquilo que se encontra disponível, constata-se a presença das Secretarias Municipais em 07 (sete) Municípios, o Sindicato dos Trabalhadores Rurais em 06 (seis) Municípios, seguido pelas Pastorais da Criança e da Saúde em 05 (cinco) Municípios, pelo Círculo de Pais e Mestres de Escolas em 04 (quatro) Municípios e pela Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) em 03 (três) Municípios. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) aparece identificada em 01 (um) Município.

Quadro 03 - Entidades Integrantes da Mesa Diretora dos CMS na Região das Missões/RS

Município	Entidades
Bossoroca	Apae, Círculo de Pais e Mestres, Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Bossoroca, Profissionais da Área da Saúde.
Caibaté	Sindicato dos Trabalhadores Rurais, Farmacêuticos, Secretaria Municipal de Saúde.
Cerro Largo	Hospital, Agente Comunitária de Saúde, Enfermeiros e Liga de Combate ao Câncer.
Dezesseis de Novembro	Não possui identificação de mesa diretora.
Entre-Ijuís	Círculo de Pais e Mestres da Escola Dr. Carlos Kruehl, Representante das Comunidades do Interior, Círculo de Pais e Mestres da Escola Técnica Entre-Ijuís, Bairro Progresso.
Eugênio de Castro	Não possui identificação de mesa diretora.
Garruchos	Não possui identificação de mesa diretora.
Giruá	Não possui identificação de mesa diretora.
Guarani das Missões	Não possui identificação de mesa diretora.
Itacurubi	Secretaria Municipal da Fazenda e Administração, Secretaria Municipal de Educação, Trabalhadores da Saúde e EMATER.
Mato Queimado	Secretaria de Administração, Finanças e Planejamento, Comunidade Católica, Profissionais da Área da Saúde e Sindicato dos Trabalhadores Rurais.
Pirapó	Não possui identificação de mesa diretora.
Porto Xavier	Não possui identificação de mesa diretora.
Rolador	Sindicato dos Trabalhadores Rurais, Círculo de Pais e Mestres das Escolas e Governo.
Roque Gonzales	Não possui identificação de mesa diretora.
Salvador das Missões	Pastoral da Saúde e Pastoral da Criança, Sindicato dos Trabalhadores Rurais, Secretaria da Agricultura e Meio Ambiente e Secretaria da Educação e Cultura.
Santo Ângelo	Núcleo Comunitário do Bairro da COHAB, Sindicato dos Trabalhadores Rurais, Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE e Associação Brasileira de Odontologia - ABO.
Santo Antônio das Missões	Não possui identificação de mesa diretora.
São Borja	Não possui identificação de mesa diretora.
São Luiz Gonzaga	Corsan, Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e Hospital.
São Miguel das Missões	Pastoral da Criança, Hospital, Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais-APAE e Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural - EMATER.
São Nicolau	Não possui identificação de mesa diretora.
São Paulo das Missões	Não possui identificação de mesa diretora.
São Pedro do Butiá	Não possui identificação de mesa diretora.
Sete de Setembro	Não possui identificação de mesa diretora.
Ubiretama	Não possui identificação de mesa diretora.
Vitória das Missões	Agentes Comunitários de Saúde, Sindicato dos Servidores Públicos Municipais, Conselho Regional de Enfermagem – COREN e Clubes de Mães.

Fonte: SIACS, junho de 2017.

Em relação à quarta categoria, “a identificação dos/as presidentes/as dos CMS, em termos dos segmentos que representam suas faixas etárias e seus níveis de formação”, pode-se observar conforme identificado no Quadro nº 04 abaixo sobre a informação segmento, os dados são comprometidos, visto que 17 (dezessete) Municípios não registram esse dado adequadamente.

Contudo, com as informações disponíveis, verifica-se a existência de 05 (cinco) presidentes que integram o segmento de usuários e 04 (quatro) de prestadores de serviços. Apenas (01) um deles é do segmento de governos e não nenhum representante do segmento dos trabalhadores da saúde. No quesito faixa etária, há uma preponderância igualitária nas faixas etárias entre 31 e 60 anos e apenas um presidente com mais de 61 anos. No quesito formação, 18 (dezoito) presidentes possuem nível superior completo, 01 (um) com nível superior incompleto e 08 (oito), com nível médio. Não há registro de presidentes somente com nível fundamental.

Quadro 04 - Perfil dos/as Presidentes/as dos CMS na Região das Missões/RS

Município	Segmento que representa				Faixa etária				Formação			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Bossoroca												
Caibaté												
Cerro Largo												
Dezesseis de Novembro												
Entre-Ijuís												
Eugênio de Castro												
Garruchos												
Girúá												
Guarani das Missões												
Itacurubi												
Mato Queimado												
Pirapó												
Porto Xavier												
Rolador												
Roque Gonzales												
Salvador das Missões												
Santo Ângelo												
Santo Antônio das Missões												
São Borja												
São Luiz Gonzaga												
São Miguel das Missões												
São Nicolau												
São Paulo das Missões												
São Pedro do Butiá												
Sete de Setembro												
Ubiretama												
Vitória das Missões												
SubTotal	05		04	01	03	03	03	01	0	08	01	18

Fonte: SIACS, junho de 2017. **Legenda:** Segmentos: (1) Usuários; (2) Trabalhadores da Saúde; (3) Prestadores de Serviços; (4) Representantes dos Governos. Faixa etária: (1) entre 31 e 40 anos. (2) entre 41 e 50 anos. (3) entre 51 e 60. (4) entre 61 e 70. Nível de formação: (1) Nível Fundamental (2) Nível Médio, (3) Nível Superior Incompleto (4) Nível Superior Completo.

Em relação à quinta categoria, “os locais de funcionamento dos CMS, sede própria ou utiliza instalação de governos”, pode-se observar conforme identificado no Quadro nº 05 abaixo, que em 18 Municípios os CMS ocupam instalações de governos, sendo que apenas em 08 (oito) deles há indicativo de sede própria. O único deles que possui estrutura completa digital, por meio de um site é o Município de Cerro Largo⁵.

Quadro 05 - local de Funcionamento dos CMS na Região das Missões/RS

Municípios	Sede própria	Utiliza instalação de governos
Bossoroca		
Caibaté		
Cerro Largo		
Dezesseis de Novembro		
Entre-Ijuís		
Eugênio de Castro		
Garruchos		
Giruá		
Guarani das Missões		
Itacurubi		
Mato Queimado		
Pirapó		
Porto Xavier		
Rolador		
Roque Gonzales		
Salvador das Missões		
Santo Ângelo		
Santo Antônio das Missões		
São Borja		
São Luiz Gonzaga		
São Miguel das Missões		
São Nicolau		
São Paulo das Missões		
São Pedro do Butiá		
Sete de Setembro		
Ubiretama		
Vitória das Missões		
SubTotal	08	19

Fonte: SIACS, junho de 2017.

5 Para maiores informações, consultar: <http://cmscerrolargo.wix.com/cms-cl>

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de estar localizada no Sul do Brasil, com 95,90% dos dados dos Conselhos Municipais de Saúde integrados na base do SIACS, a Região das Missões, no Noroeste do estado possui, ainda, várias inconsistências de informações registradas nessa base de dados, o que dificulta, em certa medida, uma análise mais apurada da situação existente. Um trabalho direcionado para uma atenção maior do CMS no lançamento dos dados no Sistema mostra-se prioridade, visto que os estudos para fins de diagnósticos de realidade dependem disto.

A década de 90 foi o período de surgimento dos CMS em boa parte dos Municípios dessa Região, mesmo assim, evidencia-se certa lentidão no processo e algumas assimetrias no conjunto deles. A mais evidente delas é a criação de CMS em 08 (oito) desses Municípios somente depois do ano 2000. Em termos populacionais, de acordo com o Quadro nº 06, identificada logo abaixo, a Região das Missões possui 318.365 habitantes. Dos 27 (vinte e sete) Municípios analisados, 20 (vinte) deles possuem menos de 10 mil habitantes.

Quadro 06 - população da Região das Missões/RS6

Município	Habitantes
Santo Ângelo	79.101
São Borja	62.808
São Luiz Gonzaga	35.057
Giruá	17.069
Cerro Largo	14.069
Santo Antônio das Missões	11.051
Porto Xavier	10.718
Entre-Ijuís	8.981
Guarani das Missões	8.080
Roque Gonzales	7.245
Bossoroca	6.801
São Miguel das Missões	7.754
São Nicolau	5.677
Caibaté	5.042
Itacurubi	3.552
Vitória das Missões	3.422
Garruchos	3.182
São Pedro do Butiá	2.991
Dezesseis de Novembro	2.744
Salvador das Missões	2.776
Eugênio de Castro	2.699
Pirapó	2.625
Rolador	2.515
Ubiretama	2.232
Sete de Setembro	2.114
São Paulo das Missões	6.280
Mato Queimado	1.780
SubTotal	318.365

Fonte: IBGE – cidades@, junho de 2017.

6 Estimativa do IBGE para 2015-2017, em função do estudo priorizar o período. Há de se considerar, no entanto, que pela estimativa populacional residente no Brasil e unidades da federação divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com dados até julho de 2020, todos os Municípios da Região das Missões possuem redução populacional, exceto Cerro Largo, com índice positivo no patamar de 56 habitantes (IBGE, 2018).

Além disso, há de se lembrar, que dos 497 municípios do Rio Grande do Sul, 215 são predominantemente rurais – com mais de 50% de sua população residente em áreas rurais –, representando 14,9% da população total do Estado. E, na Região das Missões a situação não é diferente! De acordo com o Quadro nº 07, identificada logo abaixo, existem 13 (quinze) Municípios na Região das Missões com situação domiciliar na zona rural. São eles: Porto Xavier, São Paulo das Missões, Roque Gonzales, Vitória das Missões, Itacurubi, Dezesseis de Novembro, Garruchos, Pirapó, Rolador, São Pedro do Butiá, Sete de Setembro, Salvador das Missões e Mato Queimado. Este cenário que contempla a emergência de novas ruralidades deverá ter prioridade nos trabalhos de educação permanente realizados nos Conselhos Municipais de Saúde e também nas Conferências de Saúde.

Quadro 07- Situação domiciliar das Zonas Rural e Urbana na Região das Missões/RS⁷

Município	Situação Domiciliar	
	Zona rural	Zona urbana
São Borja	2.160	17.396
Porto Xavier	1.813	1.802
Santo Ângelo	1.552	24.171
Santo Antônio das Missões	1.514	2.310
Giruá	1.393	4.370
São Paulo das Missões	1.285	758
Roque Gonzales	1.305	1.072
São Luiz Gonzaga	1.228	10.615
Entre-Ijuís	1.401	1.649
São Miguel das Missões	1.213	1.308
Bossoroca	1.100	1.282
Guarani das Missões	978	1.716
Vitória das Missões	945	246
Cerro Largo	838	3.572
Itacurubi	778	408
Caibaté	735	979
Dezesseis de Novembro	741	251
Garruchos	724	367
São Nicolau	686	1.317
Pirapó	681	279
Rolador	653	220
Ubiretama	562	165
São Pedro do Butiá	532	414
Sete de Setembro	534	170
Salvador das Missões	506	385
Mato Queimado	441	179
Eugênio de Castro	446	578
SubTotal	26.744	77.979

Fonte: IBGE – cidades@, junho de 2017.

São Paulo das Missões, com menos de 2.000 habitantes, foi o primeiro Município na Região das Missões a criar um CMS. Já os Municípios de Roque Gonzales e Entre-Ijuís, ambos com população superior a 7.000 mil habitantes foram os últimos a fazerem isto. Santo

⁷ De acordo com o censo de 2010.

Ângelo e São Luiz Gonzaga, por sua vez, possuem o maior número de participantes em seus CMS. Eles fazem parte do conjunto dos 03 (três) Municípios com maiores índices populacionais na Região das Missões, ficando fora desse grupo São Borja.

Os Municípios de Santo Antônio das Missões, Caibaté, Cerro Largo e São Paulo das Missões se destacam no número de representantes titulares em seus CMS. Aliás, todos eles, individualmente e, considerando também o percentual populacional conjunto, equivalente a 50% de São Borja e figuram à sua frente nesse quesito.

Os Municípios de Garruchos, Mato Queimado, Pirapó, Rolador, Sete de Setembro e Ubiretama com população inferior a 3.500 habitantes possuem os menores índices de participantes nos CMS.

O segmento de usuários é predominante no cenário de titularidade dos membros, assim como na posição de presidente nos CMS e vai ao encontro das finalidades de criação dos CMS. O segmento de prestadores de serviços é o menos representado, no que tange a titularidade. A participação de membros dos governos é maior nos CMS de Santo Ângelo e Santo Antônio das Missões. Em relação à participação de entidades, evidencia-se a presença, do ponto de vista quantitativo, de Secretarias Municipais, portanto de órgãos governamentais e do Sindicato dos Trabalhadores Rurais e não poderia ser diferente, num contexto de ruralidades. Há de se ressaltar, também, o nível de formação dos membros titulares na constituição dos CMS. Em sua totalidade os integrantes possuem nível fundamental completo, fato esse, condizente com os índices de escolarização da população na região Sul do Brasil.

Dentre os 08 (oito) Municípios que possuem sede própria para seus CMS, encontram-se: Bossoroca, Entre-Ijuís, Garruchos, Giruá, São Luiz Gonzaga, São Miguel das Missões, Ubiretama e

Vitória das Missões. Neste universo, somente 02 (dois) deles têm mais de 10 mil habitantes, Giruá e São Luiz Gonzaga. Isto requer uma atenção maior na Região das Missões no sentido de garantir melhores condições, com infraestrutura física e material mais adequadas para a atuação dos CMS.

Ao revisitar o Plano Estadual de Saúde: 2012-2015 (RGS/SES, 2012), constata-se no Estado do Rio Grande do Sul uma preocupação crescente em aprimorar e qualificar a ação dos Conselhos Municipais de Saúde, em face das realidades existentes. Dentre as ações propostas, caberia mencionar as seguintes prioridades: a) elaborar/produzir documento com a memória histórica do Controle Social no SUS no Rio Grande do Sul; b) realizar seminários nas sete macrorregiões de saúde⁸; c) constituir força-tarefa para assessorar os Conselhos Municipais de Saúde; e) implantar a política de educação permanente para o Controle Social do SUS; f) monitorar e ampliar o Programa de Inclusão Digital (PID); g) qualificar os Conselheiros do Conselho Estadual de Saúde e dos Conselhos Municipais de Saúde.

As ações propostas refletem o acúmulo no debate sobre o assunto. Em síntese, elas expressam a percepção avaliativa de que os movimentos sociais têm ocupado lugar de destaque nos processos de redemocratização do país. Assim sendo, os canais participativos ganharam centralidade nos últimos anos até chegarem ao formato atual dos conselhos de políticas públicas.

A regionalização da saúde no Rio Grande do Sul tem se mostrado um desafio contínuo, implicando a busca de novas formas de articulação entre os gestores e de organização do controle social. Implica promover a gestão solidária entre as esferas de governo,

8 O Estado do Rio Grande do Sul foi dividido em sete macrorregiões de saúde: Centro-Oeste, Metropolitana, Missioneira, Norte, Serra, Sul e Vales.

superando a tendência ao particularismo e individualismo. Implica, ainda, descentralizar o poder, recursos financeiros, gerenciamento e controle das ações e serviços.

Os Conselhos Municipais de Saúde, construídos sob a égide da luta pela efetivação da saúde pública universal, representam bons exemplos disso. A perspectiva fiscalizatória tem dominado a cena dessas organizações. Ela traduz um passo importante que foi dado, mas também um dos principais limites e desafios para a prática democrática desses espaços participativos.

Boa parte dos Municípios inseridos na Região das Missões, considerada para fins deste estudo, fazem parte da chamada Macrorregião Missioneira⁹, uma das sete divisões do Setor da Saúde no Rio Grande do Sul sendo, pois, caracterizada por ser uma das regiões do Estado menos desenvolvida economicamente e com forte tendência ao êxodo rural.

A participação nos CMS, nessa Região, ainda se mostra incipiente e a divulgação dos registros públicos sobre as pautas/atas de reuniões são praticamente inexistentes. A maioria da população não conhece a possibilidade de participação nesta instância de poder e em grande medida porque nem conselhos e nem governos têm canais de informação com a população e, em muitos casos, sequer com os segmentos que representam. O único Município que possui uma estrutura completa digital de disponibilização de dados e informações, por meio de um site do CMS é Cerro Largo.

Os CMS apresentam dificuldades na captação e, por conseguinte, na vocalização das demandas da população porque, em geral, os/as conselheiros/as acabam por representar os interesses

⁹ Composta, administrativamente, pelas 9^a, 12^a, 14^a e 17^a Coordenadorias Regionais de Saúde (CRS's) e com o principal polo assistencial localizado na cidade de Ijuí.

da coletividade, a partir de seus próprios julgamentos pessoais. Afora isso, muitos conselheiros/as desconhecem a sua função, neste órgão de deliberação.

A utilização das informações disponíveis nos bancos de dados como o SIACS, por exemplo, é extremamente baixa, sobretudo no caso dos municípios de pequeno porte, embora eles tenham acesso aos bancos de dados. Isso se deve à precariedade das estruturas de informática instalada, à discrepância entre esses dados e o dinamismo da realidade local, e à própria forma como opera o poder local, onde imperam os contatos mais pessoais. O próprio Sistema precisa de monitoramento e avaliação para que as informações sejam atualizadas e relatórios possam ser gerados. Assuntos relevantes como o registro dos temas das reuniões do CMS encontram-se, em branco, no SIACS.

Passados mais de 20 anos de sua institucionalização via SUS, é chegado o momento de analisar a questão da *“formação permanente de conselheiros e socialização das agendas de trabalho”* como mecanismo para favorecer o entendimento sobre o significado/objetivo do Conselho Municipal de Saúde e sua responsabilidade enquanto órgão institucionalizado de controle social será o próximo passo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Iara Maria Pinheiro; PATRIOTA, Izabela Walderez Dutra. Concretização do direito social à Saúde e participação popular numa perspectiva neoconstitucional. **Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Natal/RN, ano 3, n. 2, p. 01-13, jul./dez. 2013.

ARDOINO, Jacques. Abordagem multirreferencial (plural) das situações educativas e formativas. In: BARBOSA, J. G. (coord.). **Multirreferencialidade nas ciências sociais e na educação**. São Carlos: UFScar, 1998, p.24-41.

ARDOINO, J., BARBIER, R., GIUST-DESPRAIRIES, F., Entrevista com Cornelius Castoriadis. In: BARBOSA, J.G., (coord.). **Multirreferencialidade nas ciências e na educação**. São Carlos: Editora da UFSCar, 1998, p. 50-72.

BASTOS filho, Reinaldo Antônio; RODRIGUES, Flavia Couto Ruback. Conselhos de Saúde: uma meta-análise das publicações de artigos a partir da 12ª Conferência Nacional de Saúde (2003-2013). In: **Anais do VIII Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social**. GT14. Movimentos Sociais, Democracia e Gestão Social. Bahia, 2014, p.01-20.

BISPO JR., José Patrício; GERSCHMAN, Sílvia. Potencial participativo e função deliberativa: um debate sobre a ampliação da democracia por meio dos conselhos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 18(1): 7-16, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde - Relatório Final**. Brasília: CNS, 1986. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/>

publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf
Acesso em: 19 mai.2020.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 333**. Aprova diretrizes para criação, ref., estruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Brasília: CNS, 2003. Disp. em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/resolucao333.htm Acesso em: 06 jun. 2020.

_____. Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 453**. Aprova diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. Brasília: CNS, 2012. Disp. em: http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/resolucao333.htm Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990a**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. **Lei nº 8142, de 28 de dezembro de 1990b**. Dispõe sobre a Participação da Comunidade na Gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as Transferências Intergovernamentais de Recursos Financeiros na Área de Saúde e da Outras Providencias. Disp. em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm Acesso em: 03 jun. 2020.

_____. **Decreto nº 5839, de 11 de julho de 2006**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/

D5839.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

CARVALHO, A. I. **Conselhos de Saúde no Brasil**: participação cidadã e controle social. Rio de Janeiro: FASE/IBAM, 1995.

COUFFIGNAL, Georges. L'Amérique latine sur la scène internationale. In: Pierre Hassner (dir.), **Les relations internationales**. Paris, La Documentation française, 2012, 283-296.

GERSCHMANN, S. Conselhos Municipais de Saúde: atuação e representação das comunidades populares. *Cadernos de Saúde Pública*, dez. 2004, v. 20, n. 6, p. 1670-1681.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Resultados gerais da amostra. Rio de Janeiro: IBGE, 2018.

JORGE, Marjore Serena; VENTURA, Carla Arena. Os Conselhos Municipais de Saúde e a gestão participativa. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 106 - 115, jan./jul. 2012.

LABRA E. & FIGUEIREDO J. Associativismo, participação e cultura cívica: o potencial dos conselhos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 7(3): 537-547, 2002.

LIPORONI, Andréia Aparecida Reis de Carvalho. **Os caminhos da participação e do controle social na Saúde**: estudo das realidades do Brasil e Espanha. UNESP, Tese de Doutorado, 2010.

MACHADO, Maria Clara & PATRIOTA, Rosangela (org.). **História e Historiografia**: Perspectivas Contemporâneas de Investigação. Uberlândia: EDUFU, 2003.

RIBEIRO, J. M. Conselhos de saúde, comissões intergestores e grupos de interesses no Sistema Único de Saúde (SUS). **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 13(1): 81-92, jan./mar. 1997.

RIO GRANDE DO SUL. SES. **Plano Estadual de Saúde: 2012-2015**. SES, 2012. Disponível em: http://www.saude.rs.gov.br/upload/1382374302_PES%202012-2015%20FINAL.pdf. Acesso em: 10 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SILVA, A. X.; CRUZ, E. A.; MELO, V. A importância estratégica da informação em saúde para o exercício do controle social. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 12, n° 3, p. 683-688. Rio de Janeiro-RJ. jun. 2007.

STRALEN, C. J. V. Gestão participativa de políticas públicas: o caso dos conselhos de saúde. **Psicologia Política**, São Paulo, 5(10): 313-344, jul./dez., 2005.

VERONESE, Luciane Gheller; VERONESE, OSMAR. Saúde mental brasileira em tempos de mudanças. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 26, p.75-90, jan./abr., 2017.

MUDANÇA INSTITUCIONAL E GOVERNANÇA AMBIENTAL MUNICIPAL NO BRASIL

Roberto Carvalho Veloso¹

Daniel Francisco Nagao Menezes²

Resumo: O artigo analisa a governança ambiental no Brasil sob a ótica dos Municípios. O texto parte do pressuposto que as condicionantes institucionais são as responsáveis pela relação entre Estado e Sociedade Civil na tutela ambiental no Brasil. O texto faz uma reconstrução histórica das questões federativas no Brasil a fim de identificar a construção dos fatores que delineiam as ações municipais no campo ambiental. A conclusão é que os municípios estão capacitados para proteger o meio ambiente e integrar as demandas ambientais nas políticas locais. O método utilizado foi o

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2008), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002) e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1987). Atualmente é Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor e Pesquisador da UniCEUMA. Professor Colaborador da Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Juiz Federal no Maranhão. Coordenador do Mestrado em Direito da UFMA. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

2 Graduação em Direito (PUC-Campinas), Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas), em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP). Pós-Doutorando em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

hipotético-dedutivo com uso de revisão bibliográfica.

Palavras chave: Instituições; Política ambiental; Município; Governança Ambiental.

Abstract: The article analyzes the environmental governance in Brazil from the perspective of the Municipalities. The text assumes that institutional constraints are responsible for the relationship between the State and Civil Society in environmental protection in Brazil. The text makes a historical reconstruction of federative issues in Brazil in order to identify the construction of the factors that outline municipal actions in the environmental field. The conclusion is that municipalities are able to protect the environment and integrate environmental demands into local policies. The method used was the hypothetical-deductive with the use of bibliographic review.

Keywords: Institutions; Environmental policy; County; Environmental Governance.

1 INTRODUÇÃO

As instituições têm um forte poder de modelagem sobre as políticas públicas e os mecanismos de governança. No que se refere ao meio ambiente, as instituições são simultaneamente responsáveis por causar problemas e por estruturar ações coletivas para enfrentá-los (YOUNG, 2008). Se a influência institucional for desconsiderada no desenho de sistemas e políticas de governança ambiental, eles estarão condenados ao fracasso. Recentemente, tem havido um interesse crescente pelo papel das instituições nas políticas públicas em geral e nas políticas ambientais. No entanto, ainda há muito a ser investigado com respeito às questões institucionais relacionadas à política e governança ambiental.

Como em muitos outros países, no Brasil a gestão do meio ambiente por parte do Estado tem um histórico razoável: a obrigação das autoridades de fornecer proteção ambiental está em vigor há quase 40 anos, tanto objeto como motor de mudanças institucionais significativas. Essas mudanças e seus efeitos têm sido objeto de algumas investigações acadêmicas, mas o assunto ainda é amplamente inexplorado. Para suprir essa lacuna, este artigo enfoca a regulação ambiental brasileira, explorando os fatores institucionais que norteiam as ações ambientais dos municípios.

A premissa de partida é que existem fatores institucionais particulares que empoderam o Estado e a sociedade brasileira, orientam os processos e dão um perfil único à política ambiental nos domínios da ação estatal, definindo de forma singular cada esfera de atuação do governo, conforme bem como atores da sociedade civil. A literatura que aborda as mudanças institucionais na esfera do meio ambiente é relativamente recente, bastante limitada e baseada em tradições teóricas variadas (VATN, 2005). Para o propósito deste estudo, o Estado é definido como uma instituição e um ator particularmente importante (EVANS, 2014). Segundo Hodgson (2006), as leis podem ser consideradas regras institucionais quando são aplicadas a ponto de a esquiva ou execução do comportamento em questão se tornar costumeiro e adquirir um status normativo. As regulamentações relativas à proteção ambiental devem necessariamente ser analisadas a partir de uma perspectiva histórica, reconhecendo que os Estados são complexos, diversos e heterogêneos tanto em termos de suas características quanto na forma como se relacionam com a sociedade e com a economia. No Brasil, a análise institucional também deve levar em conta a organização federal do Estado brasileiro, sua trajetória particular e a distribuição de competências entre as três esferas de governo - governo federal, estados e municípios.

Os resultados desta pesquisa, desenvolvidos por meio de uma análise institucional exploratória da legislação ambiental federal e da literatura especializada sobre legislação e política ambiental brasileira, se divide em três partes. A primeira seção analisa o processo de institucionalização do direito ambiental no Brasil a partir de uma perspectiva histórica, em que quatro etapas se distinguem. A segunda seção examina cinco fatores-chave que permitem o entendimento da ação ambiental estadual no nível local: a inclusão dos municípios entre os entes federados, a inclusão da disposição de proteção ambiental na Constituição Federal, a falta de financiamento consistente para a política ambiental, a coexistência de diversos regimes dentro das normas ambientais, e o poder discricionário relacionado à indeterminação da regulação ambiental. A terceira seção discute como essas cinco mudanças institucionais fundamentais moldam a ação municipal para cumprir seu mandato ambiental e apresenta as observações finais.

2 A CONSTRUÇÃO DE UMA MATRIZ INSTITUCIONAL PARA A POLÍTICA AMBIENTAL DO BRASIL

A década de 1980 é considerada um marco na construção do arcabouço institucional da política ambiental brasileira. No entanto, existem referências importantes em leis anteriores, anteriores ao surgimento do meio ambiente como uma questão de interesse público em todo o mundo. Pesquisas em história ambiental demonstram que há discussões sobre as questões ambientais e seus efeitos no Brasil desde o final do século XVIII (PÁDUA, 2000). As leis que contêm disposições ambientais datam do início da administração colonial portuguesa que permaneceram

em vigor até o Código Civil de 1916 (MILARÉ, 2014). Estas, longe de se empenharem em proteger os ativos ambientais, visavam tipicamente a garantir a sobrevivência de um determinado recurso, como o pau-brasil, que estava sujeito a depleção acelerada (BENJAMIN, 2003).

Há um pouco menos de consenso quanto à periodização da trajetória da política ambiental brasileira em seu conjunto. Na literatura do direito ambiental brasileiro, diversos marcos históricos distintos têm sido empregados, atestando a riqueza de abordagens oferecidas por diversas disciplinas. Neder (2002) identificou três raízes da regulação ambiental: a geopolítica de criação de áreas protegidas, a partir da década de 1930; a política de zoneamento industrial, decorrente da gestão ambiental dos anos 1970, e; o debate sobre a relação entre meio ambiente e desenvolvimento sustentável, que floresceu na década de 1990.

Do ponto de vista do direito ambiental, Benjamin descreve três regimes na evolução do direito ambiental brasileiro, correspondentes a três valorações ético-jurídicas do meio ambiente, que, longe de serem definidas de forma acurada e sucessivas, se sobrepõem no tempo. São elas a fase de exploração não regulamentada ou *laissez faire* (que se estende do século XVI até meados do século XX); a fase fragmentária, com foco nos recursos naturais por setor (do final da década de 1950 até o início da década de 1980); e a fase holística, a partir de 1981, com um sistema ecológico integrado, com autonomia avaliativa, transformando o meio ambiente em um bem jurídico, com direitos obrigatórios (BENJAMIN, 2003, p. 17).

Inspirado nos “regimes” descritos por Benjamin (2013), este artigo traça uma tentativa de periodização do processo de institucionalização da política ambiental brasileira em quatro fases.

O início e o fim dessas fases são deliberadamente imprecisos, refletindo a coexistência e a sobreposição de diferentes regimes. Os períodos são: a “pré-história” da política ambiental (final do século XIX até final da década de 1960); a abordagem setorial da proteção ambiental (final da década de 1960 ao início da década de 1980); a estruturação do arcabouço institucional (década de 1980); e a consolidação da estrutura institucional (início dos anos 1990 até hoje). As evidências sugerem fortemente uma nova inflexão no início de 2010 para o enfraquecimento do arcabouço institucional ambiental, como o movimento no Congresso Nacional pelo enfraquecimento do Código Florestal de 1965, culminando em sua substituição, no final de 2012, pelo relaxamento das restrições relacionadas à situação das unidades de conservação e à insatisfatória Lei Complementar 140/2011 que diminuiu o poder do governo federal no controle ambiental.

2.1 A “pré-história” da proteção ambiental brasileira

Nesse primeiro período, do final do século XIX até a década de 1960, encontram-se legislações dispersas, sendo as primeiras referências aos recursos ambientais como matéria de interesse público, sob supervisão do Estado. A primeira lei brasileira a impor a proteção ambiental foi o Código Penal de 1890, que definiu como crime a poluição de qualquer fonte de água potável - isso foi denominado “envenenamento” (CARVALHO, 2003a). Até a década de 1930 existiam apenas alguns outros estatutos, abordando o comportamento do vizinho capaz de poluir ou inutilizar poços ou nascentes de água (no Código Civil de 1916), e as normas de higiene industrial e ocupacional (Regulamento de Saúde Pública de 1923).

Entre os anos 1930 e o final dos anos 1960, várias iniciativas governamentais renunciaram a regulamentação ambiental atual. As normas incidiam na salvaguarda dos recursos naturais e no saneamento, estabelecendo a gestão pública dos ativos ambientais e definindo os requisitos para a sua exploração econômica. Uma abordagem conservacionista caracteriza essas regulamentações centralizadas e concentradas no nível federal, as quais foram associadas à tentativa do governo federal de controlar o território nacional (NEDER, 2002). As primeiras normas descrevendo os recursos naturais, para serem tratados como bens de interesse público, foram aprovadas durante o primeiro governo Vargas (1930-1945). Os mais importantes deles foram o Código de Águas de 1934, que trata do uso industrial da água e geração de energia hidrelétrica, e o Código Florestal, também de 1934, inaugurando o entendimento das florestas como “bem de interesse público” (art. 1º), e a criação do primeiro instrumento de salvaguarda estadual de grandes áreas de interesse de preservação, os parques. Esta época viu a promulgação de leis com intenções semelhantes, como a que iniciou a lista de edifícios selecionados como patrimônio cultural em 1937, e o Código de Pesca de 1938 para a gestão das atividades pesqueiras. A próxima onda de legislação não chegou até a década de 1960, com a promulgação do Estatuto da Terra, do Código de Caça e da Política Nacional de Saneamento Básico de 1967, a última lançando um programa de saneamento em âmbito nacional, com o governo federal financiando agências estaduais. O Código Florestal foi revisto em 1965 e uma nova categoria de área protegida foi adicionada, a Floresta Nacional. Os órgãos reguladores - como o Instituto Federal de Manejo Florestal - foram criados para o manejo dos recursos naturais, com base no princípio da jurisdição federal sobre esses ativos.

2.2 Uma abordagem setor por setor para a proteção ambiental

No segundo período, que abrange cerca de quinze anos (do final da década de 1960 ao início da década de 1980), novas leis abordaram as questões ambientais como objetos de política setorial, como poluição industrial, proteção de grandes áreas e combate ao loteamento urbano, em âmbito nacional. Durante a década de 1970, foram estabelecidas regras de controle da poluição, punindo a poluição causada por navios e terminais marítimos e inaugurando o controle da poluição industrial, por meio do zoneamento das indústrias em áreas críticas de poluição. Mais duas categorias de unidades de conservação foram criadas: as Áreas de Proteção Ambiental e as Estações Ecológicas, áreas destinadas à pesquisa científica. A preocupação com os problemas generalizados nas áreas urbanas devido ao desenvolvimento acelerado e caótico resultou na criação da Lei Lehmann em 1979, que estabeleceu parâmetros nacionais básicos para o loteamento de terras urbanas, incluindo requisitos ambientais para zoneamento de lotes e proteção de áreas ambientalmente sensíveis.

A primeira menção às questões ambientais nas políticas nacionais é feita no plano de desenvolvimento nacional em meados dos anos 1970. A regulamentação ambiental estava até então concentrada no nível do governo central (Federal). No entanto, para questões essenciais como controle ambiental e concessão de licenças para atividades específicas, esse poder era compartilhado com os governos estaduais. Os primeiros órgãos públicos de proteção ao meio ambiente foram, no âmbito federal, a Secretaria Especial de Meio Ambiente (SEMA) e as secretarias estaduais de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo. Os órgãos ambientais

estaduais foram responsáveis por fazer cumprir as novas normas de controle da poluição industrial, implementar licenciamentos ambientais e constituir uma rede que englobasse esses órgãos estaduais e o órgão federal, na chamada “estratégia de guerrilha” (FRANCO, 2002). No âmbito municipal, as iniciativas foram escassas, mas pioneiras, e incluíram a criação do primeiro órgão ambiental local em Porto Alegre, Rio Grande do Sul (1976). As iniciativas municipais ascendentes foram manifestações da vontade política das autarquias locais em abordar o terreno institucional da proteção do ambiente, com base no princípio do interesse municipal local. Isso é ainda mais surpreendente quando se considera que não houve incentivos para que os municípios se envolvessem na governança ambiental.

Nessa fase, iniciativas de regulação ambiental foram desenvolvidas no ambiente político hostil da ditadura militar. No entanto, vários deles relatam a discussão internacional delineada sobre a relação entre o crescimento econômico e a finitude dos recursos naturais, uma discussão estimulada por “*The Limits to Growth*”, um estudo de 1972 publicado pelo Clube de Roma. Assim, em certa medida, as novas regras brasileiras constituem uma resposta ao debate na Conferência de Estocolmo de 1972 e refletem uma mudança na posição do governo brasileiro durante a reunião (NOGUEIRA NETO, 2003).

2.3 A estruturação de um quadro institucional nacional de proteção ambiental

O terceiro período consiste na década de 1980, quando a ação ambiental estadual assumiu um caráter sistêmico. Conforme apontado, houve vários marcos importantes (MILARÉ, 2014;

MACHADO, 2014; SILVA, 2014). Desempenhando um papel pioneiro na América Latina e no Caribe, em 1981 o governo federal brasileiro reconheceu a responsabilidade do Estado pela proteção ambiental e instituiu uma política ambiental nacional por meio de lei federal, estabelecendo princípios, objetivos, instrumentos e uma estrutura para a gestão nacional do meio Ambiente. Essas inovações se fortaleceriam alguns anos depois em um grau sem precedentes: na Constituição de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte as elevou à condição de dispositivos constitucionais.

Esses avanços ocorreram após três mudanças significativas implementadas em 1985: a inclusão do meio ambiente como um interesse difuso e coletivo sob a responsabilidade do Ministério Público; a obrigatoriedade de que o Ministério Público assumira a responsabilidade pelo cumprimento da regulamentação ambiental, em particular por meio da propositura de ações cíveis contra os infratores, habilitando esse poderoso e independente supervisor tanto da sociedade quanto das três esferas de governo, e; o estabelecimento do princípio de responsabilidade objetiva.

O modelo de governança consolidou-se com o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que em 1981 desenhou a matriz da política ambiental brasileira com base na responsabilidade compartilhada entre os níveis federal, estadual e municipal. De acordo com a política nacional de meio ambiente em vigor, os municípios tinham as mesmas responsabilidades dos estados e do governo federal, com igual poder legislativo sobre as questões ambientais de acordo com seu interesse local, apesar de o primeiro ser apenas considerado membro político-administrativo da federação sete anos depois.

No terceiro período, a agenda do governo federal para a proteção ambiental foi organizada em torno de quatro prioridades:

estabelecimento de padrões de emissão e qualidade ambiental, controle da poluição do ar e da água, concessão de licenças ambientais condicionadas a estudos de impacto ambiental; a proteção de bacias hidrográficas urbanas e regionais e a gestão de áreas de conservação. Essa agenda esteve associada à expansão do movimento ambientalista em todo o país e à intensificação das pressões, tanto internas quanto externas, para tratar de questões como a poluição industrial urbana crítica em Cubatão/SP e os danos causados por altos impactos, grandes hidrelétricas em escala na região amazônica.

Utilizando os órgãos federais e estaduais (daqueles com grandes áreas metropolitanas que exigiam gerenciamento da poluição industrial) criados na década anterior, o novo sistema logo foi implantado em todo o país, com foco no controle ambiental: fiscalização, licenciamento e monitoramento. Órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente (do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais) capacitaram o corpo técnico dos novos órgãos de outros estados, dotando-os de capacidades e recursos adequados para a proteção ambiental. Na esfera federal, o final da década de 1980 viu a criação do Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA) e do importante Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), órgão executivo federal do meio ambiente com grande poder. O arcabouço institucional da política ambiental, que brilhou no período mais sombrio do regime autoritário, teve, no entanto, um desenho democrático e inovador, tendo se inspirado nas experiências dos órgãos de Minas Gerais e do Rio de Janeiro (CARVALHO, 2003b).

A Constituição de 1988 endossou as iniciativas que vinham sendo postas em prática desde o início daquela década, conferindo-lhes caráter de dispositivo constitucional com apoio decisivo da Frente Verde parlamentar. A Frente Verde se mobilizou para levar à frente o debate ambiental durante a elaboração da nova

constituição. No texto aprovado, a questão ambiental estava vinculada ao desenvolvimento econômico e social; os promotores públicos (Ministério Público) foram reafirmados como os defensores jurídicos dos cidadãos e das organizações da sociedade civil, e como guardiões do meio ambiente e de outros interesses públicos e coletivos difusos; o princípio da responsabilidade objetiva com sanções no direito civil, administrativo e penal foi consagrado, inaugurando uma modalidade de fiscalização que reformulou a fiscalização ambiental no Brasil (MCALLISTER, 2008). A distribuição das competências ambientais atribuídas em 1981 foi consubstanciada na definição da proteção do meio ambiente como responsabilidade comum. Isso incluiu a elevação dos municípios, pela primeira vez, à condição de entes federados na Constituição de 1988 e, a partir daí, colocá-los em pé de igualdade com os governos estadual e federal.

2.4 A consolidação do quadro institucional

O quarto período foi caracterizado pelo aperfeiçoamento e expansão graduais do quadro institucional e das políticas ambientais. Esse período teve início na década de 1990 e se estendeu por vinte anos até o final da década de 2000 - início da década de 2010. A II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) ou “Cúpula da Terra”, realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992, influenciou decisivamente as agendas ambientais de vários países, incluindo o Brasil, bem como a agenda internacional, com sua discussão dos chamados “problemas ambientais globais” como degradação ambiental foi correlacionada a padrões insustentáveis de produção e consumo, pobreza, urbanização e comércio internacional.

A responsabilização criminal por infrações ambientais foi consolidada como a Lei de Crimes Ambientais (1998). Com essa lei, a regulamentação ambiental ficou completa e abrangeu as esferas civil, administrativa e criminal. Os instrumentos pré-existentes que previam sanções penais, como por exemplo, para causar danos às águas ou aos recursos pesqueiros, estavam fragmentados. As inovações desta lei foram a sistematização das penas para os crimes de poluição, compilando uma lista de quase todas as infrações penais ambientais, estabelecendo a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e criminalizando a conduta dos gestores ambientais (BENJAMIN, 2003; MARCHESAN, STEIGLEDER, 2013).

Novos regulamentos e marcos foram adotados para a proteção e gestão dos recursos hídricos (1997), inspirados em experiências nos EUA e na França. Regras sobre áreas protegidas e atividades educacionais relacionadas à proteção ambiental foram promulgadas em escala nacional e aprimoradas (2000). Na primeira década do século atual, o arsenal de instrumentos da política ambiental foi fortalecido pelas diretrizes da política nacional de desenvolvimento urbano enraizada no paradigma ambiental (Estatuto da Cidade de 2001). Em 2007, foram finalmente aprovadas leis federais regulamentando o saneamento básico (alteradas em 2020), também enquadrado no paradigma ambiental e concebido como serviço universal. O tema, cerne da chamada “Agenda Marrom”, ficou em segundo plano por mais de vinte anos, fornecendo a base institucional para a posterior regulamentação federal de saneamento e resíduos sólidos. Por fim, o Congresso Nacional aprovou diversas leis federais relacionadas a um significativo corpo de acordos internacionais assinados pelo Brasil, em diversos assuntos, como conservação da biodiversidade e mudanças climáticas.

O arcabouço institucional de proteção ao meio ambiente se apoiou na construção de capacidades, competências e recursos organizacionais por meio da implantação do Programa Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Essa iniciativa do governo federal, financiada pelo Banco Mundial e pelo Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), teve como foco o fortalecimento institucional da política ambiental nos níveis de governo estadual e federal. Apesar da falta de apoio formal para a capacitação em nível local, a descentralização da gestão ambiental avançou com a criação de agências ambientais municipais, invariavelmente nos municípios maiores e economicamente mais dinâmicos.

As reformas lançadas no Brasil na década de 1980 incluíram a implementação de uma agenda de inspiração neoliberal para promover a integração do país à economia global. Os elementos-chave dessa agenda foram a desregulamentação econômica e a liberalização e estabilização do mercado (REZENDE; AFONSO, 2004). A aplicação de normas e políticas ambientais contrariava os preceitos da agenda neoliberal, prejudicada pelas restrições decorrentes das reformas e acompanhada de uma disciplina fiscal rígida, com a adoção de um novo modelo de gestão pública. Por outro lado, a agenda ambiental nacional também estimulou a cooperação do Estado com organizações da sociedade civil e do setor privado (FARAH; JACOBI, 2000). Os órgãos ambientais exigiram - com pouco sucesso - investimentos para apoiar a estruturação das organizações, o treinamento de uma burocracia especializada e a construção das ferramentas e programas necessários ao desempenho das funções atribuídas, o que contrariava a tendência de redução do tamanho do governo federal e restrição de gastos públicos.

2.5 A ameaça da matriz institucional

É imprescindível reconhecer um ponto de inflexão no desenvolvimento do quadro ambiental nacional ocorrido no início da presente década. As evidências sugerem fortemente uma nova tendência de enfraquecimento da matriz institucional, como o movimento no Congresso Nacional para atacar o Código Florestal de 1965, culminando em sua substituição no final de 2012, o relaxamento do status de áreas protegidas e de normas de licenciamento ambiental, ameaças às áreas indígenas e a insatisfatória Lei Complementar 140/2011, que continua em vigor.

A evidência de um contra movimento era visível no final do segundo governo Lula (2007-2010) (VALLE, 2010). Os interesses estabelecidos no Congresso Nacional deram passos importantes no sentido do desmantelamento deliberado de elementos cruciais no quadro institucional para a proteção ambiental. Promovido principalmente pela chamada “bancada ruralista” ou fazendeiro conservador, presentes no Congresso, os esforços para reformar a legislação florestal finalmente tiveram sucesso, pois o Código Florestal (2012) foi substituído por regras bem mais fracas que permitem, por exemplo, a redução das Áreas de Preservação Permanente e dos percentuais obrigatórios de conservação das áreas arborizadas em cada estado, e o perdão de madeireiros multados. O retrocesso representado por essas novas regras, pelo menos em algumas áreas, já é verificável por meio de pesquisas de campo, como a realizada no estado de Mato Grosso (ISA, 2015). Além disso, foi contida a criação de novas unidades de conservação, a redução das unidades de conservação na Amazônia passou por medida provisória, a legalização de reservas indígenas foi congelada e surgiram propostas para permitir a mineração em terras indígenas e licenciamento

ambiental nos casos com gritantes problemas sociais e ambientais (BERNARD; PENNA; ARAÚJO, 2014).

Recebendo pouquíssima atenção da mídia e praticamente ignoradas tanto no meio acadêmico quanto na administração pública, foram outras mudanças feitas no final de 2011 por meio de uma lei complementar à Constituição Federal que regulamenta as formas de cooperação ambiental entre as três esferas federais: Governo Federal, Estados e Municípios. Essa regra não atingiu seu objetivo - regular a cooperação intergovernamental para assegurar competência comum em proteção ambiental - como será discutido na seção seguinte.

3 O MUNICÍPIO NO QUADRO INSTITUCIONAL AMBIENTAL

Cinco fatores institucionais, discutidos a seguir, emergem da revisão do processo de institucionalização ambiental como as principais forças motrizes da agência dos municípios na área ambiental. A discussão a seguir destaca a importância de cada um desses fatores: a natureza da autonomia municipal à luz da organização federal brasileira, a inclusão da proteção ambiental como dispositivo da Constituição Federal, o papel das fontes de financiamento no arranjo institucional de proteção ambiental, os diversos regimes jurídicos abrangidos pela construção do arcabouço institucional ambiental, e a indeterminação do direito ambiental vis-à-vis do exercício de poderes discricionários pela burocracia ambiental.

O primeiro fator abarca os traços específicos da autonomia municipal à luz da condição de ente federativo que os municípios brasileiros conquistaram na Constituição de 1988. O modelo

de federalismo inaugurado nessa época trouxe aos municípios brasileiros uma transformação institucional massiva (MELO, 1996), cujos efeitos ainda não foram estudados em profundidade. Os dispositivos constitucionais alteraram a anterior atribuição de papéis aos governos subnacionais: fortaleceram os municípios, consolidando seus poderes em matérias que já eram de sua competência e formalmente expandindo sua competência para novas áreas, inclusive o meio ambiente, com novos poderes decorrentes da nova condição. O status de ente federativo trouxe uma nova forma de autonomia aos 5.570 municípios, permitindo-lhes exercer suas competências aprimoradas de forma inédita. O status federativo trouxe o poder de promulgar a Lei Orgânica municipal (correspondente a uma constituição local - este poder era anteriormente delegado aos Estados), a autonomia política (ou seja, o poder de eleger suas próprias autoridades, extinguindo a possibilidade de prefeitos serem nomeados, como feitos durante a ditadura militar), atribuição de responsabilidades exclusivas, aumento das responsabilidades conjuntamente com outras entidades e desenvolvimento da base de arrecadação de impostos. À luz da atual organização federal, autonomia municipal é definida como o poder de governar os próprios assuntos com responsabilidades únicas, dentro de um âmbito definido por uma autoridade superior nas esferas política, administrativa e fiscal, amparados em recursos autogerados e transferidos.

Formalmente, há apenas um aspecto que diferencia os municípios, de um lado, e os estados e o governo federal, de outro, e que de outra forma não afeta o status municipal. Diz respeito à composição do governo municipal, que é composto apenas pelo poder executivo (prefeito e secretarias) e conselho de vereadores - não existe órgão judiciário municipal. Em comparação com outros países federais, deve-se destacar também

que os municípios brasileiros não possuem representantes nas assembleias legislativas de quaisquer outros entes federativos (Estados e governo federal).

Existe uma ampla gama de arranjos de autonomia para governos locais em todo o mundo: a obtenção desse status colocou os municípios brasileiros em uma posição de liderança internacional no que diz respeito à autonomia dos governos locais dentro das estruturas federais. Do ponto de vista deles, nunca tiveram tanta autonomia, antes da Constituição de 1988. Porém, o estatuto não reflete automaticamente a situação de fato: as capacidades que materializam a autonomia devem ser construídas. Um conjunto de competências apoia o exercício desta autonomia: a capacidade de auto-organização, através do desenvolvimento da Lei Orgânica local e da elaboração de legislação específica nas áreas da sua competência; a capacidade de autogoverno, por meio da eleição de prefeito e vereadores; a capacidade de autoadministração, incluindo o poder de fornecer serviços de interesse local, arrecadar impostos e distribuir receitas; e o exercício do poder de polícia administrativa, inerente às atribuições de um município (SILVA, 2009; MEIRELLES, 2014). As pré-condições para a autonomia municipal também incluem ações que possibilitem a construção do município como entidade política capaz de fazer cumprir o Estado de Direito em seu território, uma vez que se assume que o Estado republicano é *“um Estado democrático que obtém seu poder e legitimidade do apoio da sociedade civil e das instituições democráticas”* (PEREIRA, 2001, p.478). Superar a trajetória de dependência relacionada às práticas clientelistas que há muito caracterizam amplos setores da administração pública apresenta um grande desafio

É fundamental adotar uma perspectiva histórica para compreender adequadamente as questões que constituem os objetos das políticas locais. Mais do que recortes espaciais para

fins político-administrativos, os 5.570 municípios brasileiros são realidades territoriais, sociais e históricas cujas características econômicas, sociais, demográficas, fiscais e ambientais formam um quadro extraordinariamente diverso. A heterogeneidade é tal que, para Affonso (2003), o termo “município” abarca realidades de conteúdo comum notavelmente escasso, prejudicando os esforços de descentralização (ARRETCHE, 1999). Apesar dos mecanismos fiscais e políticos para compensar as disparidades econômicas entre estados e municípios, e das profundas mudanças na federação como consequência da redemocratização e descentralização, as capacidades municipais para responder às suas agendas são altamente desiguais (SOUZA, 2002). Portanto, quaisquer disposições de políticas de proteção ambiental que dependam de abordagens do tipo “tamanho único” devem ser descartadas. As agendas ambientais locais serão extremamente diversas e heterogêneas.

Seguindo em frente, nos países federais o exercício da autonomia dos entes subnacionais não está condicionado apenas por fatores estruturais e políticos e pelas necessárias capacidades administrativas, gerenciais e institucionais. Ação subnacional dentro de um sistema federal pressupõe um equilíbrio entre autogoverno e governo compartilhado (Watts, 1998), ação interdependente entre subnacionais e o governo federal. Portanto, arranjos institucionais que equacionem adequadamente a ação interdependente e equilibrem a ação autônoma com a interdependente são essenciais para os governos subnacionais no Brasil. As relações federativas são, em sua essência, baseadas na negociação e no acordo, como destaca Affonso (2003), o federalismo é caracterizado pela negociação territorializada entre atores coletivos.

No Brasil, até hoje prevalecem as relações intergovernamentais frouxas e a competição predatória. A esfera municipal é atormentada por conceitos de gestão autárquica local

persistentes (“Hobbesianismo municipal”, de acordo com Melo (1996)), e vários bolsões permanecem resistentes à transparência e responsabilidade democrática (Abrucio, 2005, p. 48), interagindo com o distorção denominada “executivismo” (CARVALHO, 2003B; JOFFRE NETO, 2003). Seguindo a perspectiva sintetizada por Abrucio e Soares (2001), a reflexão sobre as possibilidades e limites da ação autônoma municipal deve se deslocar da dicotomia autonomia versus dependência para o campo das relações entre autonomia, interdependência, contrapeso mútuo e cooperação. A existência de mecanismos de coordenação e redistribuição é condição *sine qua non* para a garantia da qualidade de um nível mínimo de desempenho para todos os municípios.

Em suma, a autonomia municipal não deve ser tida como autossuficiente, mesmo no caso das competências exclusivas. O exercício da autonomia local é delimitado em primeiro lugar pelas capacidades e recursos necessários para implementar as políticas locais. Em segundo lugar, a organização federal do estado brasileiro implica que as políticas locais são frequentemente o produto de uma complexa interação entre iniciativas municipais baseadas em autogoverno e ações municipais dependentes de regimes cooperativos intergovernamentais, baseadas em regras compartilhadas. O exercício da ação autônoma está inserido no quadro institucional federativo, que engloba as relações intergovernamentais para ações cooperativas, a coordenação regional e nacional, e os pesos e contrapesos adequados, e no desenvolvimento histórico único de cada jurisdição municipal.

O segundo fator diz respeito às disposições constitucionais em vigor para a proteção ambiental. O sistema federal brasileiro delinea dois tipos de competências: poderes legislativos e materiais (executivos). A gestão do meio ambiente é um dispositivo constitucional, definido como objeto de jurisdição comum entre

as três esferas de governo. No domínio ambiental, os municípios exercem poderes materiais e legislativos. Quanto à competência material, os municípios têm plena responsabilidade material sobre o meio ambiente, em conjunto com os estados e o governo federal. O poder legislativo municipal é exercido sobre os interesses locais e complementa a legislação federal e estadual quando aplicável.

Para questões de responsabilidade comum, como a proteção ambiental, os sistemas federais envolvem a construção de arranjos de governança que apoiem o exercício da responsabilidade conjunta por meio de mecanismos de coordenação, sistemas de cooperação vertical e horizontal que regem o exercício de função comum, instrumentos de freios e contrapesos, mecanismos de compensação para balancear diferentes capacidades entre entidades subnacionais e, particularmente, fontes regulares e confiáveis de financiamento. Esses arranjos são distintos para cada área de política pública; no caso da política ambiental, entretanto, eles ainda não foram totalmente definidos no Brasil. As únicas regras explicitamente voltadas para o exercício de mandato ambiental compartilhado entre os entes federados, contidas na Lei Complementar 140/2011, contornam integralmente a construção desses arranjos. Com foco principalmente no licenciamento e fiscalização ambiental, a abordagem adotada nesta lei trata apenas das ações de controle ambiental de cada esfera de governo como entidades distintas e distintas. Quanto aos mecanismos de cooperação, refere-se apenas aos já existentes: consórcios públicos, convênios, cooperação técnica, comissões federativas, fundos e delegação de funções. Além disso, contém dispositivos considerados constitucionalmente questionáveis (MACHADO, 2013).

Atualmente, existem várias agências governamentais que lidam com o meio ambiente em todos os níveis de governo. No

entanto, eles estão isolados do “núcleo duro” do governo, que toma as grandes decisões que afetam a economia e o desenvolvimento; eles não têm muito contato com a esfera de cobrança de impostos; carecem de regras de conduta claras e vinculativas; recorrem muito pouco a mecanismos de cooperação e, conseqüentemente, enfrentam dificuldade em induzir sistematicamente comportamentos ambientalmente conscientes em outros setores, como agricultura, energia, transporte e desenvolvimento regional; e não têm nenhuma fonte regular de financiamento para as atividades-chave do mandato ambiental.

De fato, existe um amplo campo no qual os municípios podem atuar por conta própria, sem o apoio dos governos federal e estadual: os municípios são livres para estabelecer suas próprias prioridades ambientais e negociar sua participação nas prioridades estaduais e federais. Um dos principais limites para a ação municipal independente é sua capacidade fiscal, de gastos e técnica efetiva.

O terceiro fator refere-se à falta de regras quanto às fontes de financiamento para o mandato ambiental. É urgente que esta questão seja abordada. Até o momento, não existem fontes regulares e estáveis de financiamento para a ação do Estado para o meio ambiente. As fontes existentes de financiamento ambiental municipal são tesouros municipais e fundos de financiamento ambiental instituídos nas três esferas governamentais. Eles fornecem subsídios (reembolsáveis e não reembolsáveis) após a aceitação das propostas de projetos - sem falar em outros mecanismos que deveriam fomentar os gastos ambientais municipais, como o “ICMS Ecológico”. Mecanismos como os fundos ambientais são, no entanto, incapazes de atender às demandas essenciais do mandato ambiental, como o financiamento permanente para controle e planejamento ambiental.

Os gastos ambientais municipais devem ser analisados à luz da estrutura de financiamento municipal. No contexto nacional, as finanças municipais são marcadas por um panorama repleto de contrastes e geralmente por uma capacidade limitada de financiar suas próprias políticas - como foi analisado em detalhes (PRADO, 2003; REZENDE, 2003). A maioria dos municípios depende fortemente do sistema de transferência de receita tributária. Segundo Prado, o sistema de transferências via Fundo de Participação dos Municípios estabelece uma distribuição aleatória e regressiva, enquanto as transferências voluntárias, como verbas do Congresso, são uma moeda de troca de prestígio na política. Mesmo os municípios que não dependem totalmente de transferências intergovernamentais sofrem de limites estruturais em seus aparatos de arrecadação de impostos. O fraco desempenho das economias locais costuma aprofundar essas limitações. No que se refere à liberdade de alocação de recursos financeiros, as iniciativas municipais se dividem em dois grupos: aquelas financiadas por “gastos obrigatórios” e aquelas financiadas por “gastos livres” ou “discricionários”. As iniciativas podem contar com receita garantida por meio de gastos obrigatórios, seja porque a receita arrecadada foi alocada a um item de custo, como saúde, ou por causa da receita total, um mínimo proporcional é de alocação obrigatória para certos itens de custo (como saúde e educação). Outros programas e iniciativas municipais devem, por sua vez, disputar recursos orçamentários “livres” em cada exercício fiscal em que o orçamento for votado - e a atribuição ambiental cabe a este grupo. Além dessas, existem outras restrições financeiras aos gastos públicos municipais a se considerar, oriundas do ajuste fiscal, do controle dos gastos públicos imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (2000), e da decisão de acumular um excedente de recursos retidos em contingência para pagamento a credores.

Portanto, a ação municipal no que diz respeito à proteção ambiental depende, em primeiro lugar, da efetiva disponibilidade de receitas “gratuitas” e, em segundo lugar, da boa vontade política para apoiar a destinação desses recursos ao meio ambiente (em permanente competição com outras áreas em luta pela liberdade financiamento alocado, como desenvolvimento urbano, saneamento, infraestrutura e cultura). Portanto, as iniciativas e programas ambientais municipais tendem a ter capacidade limitada de autofinanciamento. Os municípios são, mais do que nunca, altamente dependentes da cooperação intergovernamental vertical e horizontal para a implementação de suas políticas ambientais (NEVES, 2012).

O quarto fator diz respeito à coexistência de diferentes regimes regulatórios relacionados aos recursos ambientais. Kraft (2001, p. 12) destaca que não encontramos política ambiental definida em nenhuma decisão ou estatuto. Em vez disso, é o agregado de estatutos, regulamentos e precedentes judiciais. Brañes (2001) aponta que esta é uma característica comum do direito ambiental em muitos países. As regras propriamente ambientais, correspondentes ao quadro sistêmico, dizem respeito ao próprio meio ambiente, objeto da tutela do Estado e das políticas públicas relacionadas. No Brasil, a definição sistêmica de meio ambiente está prevista na Lei 6.938/1981: é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Nesse contexto, as três esferas de governo são conjuntamente responsáveis pela ação ambiental de longo prazo, em nome das “gerações atuais” e das “futuras” (Constituição Federal, art. 225, *caput*). Além da Constituição, as referências institucionais essenciais incluem a Lei Complementar 140/2011, que deve tratar das formas de cooperação entre as esferas de governo no âmbito do mandato ambiental; a citada Lei da Política Nacional do Meio

Ambiente de 1981, à qual se acrescenta um conjunto de normas e normas que incluem as punições para crimes ambientais (1998), a consolidação das categorias de unidades de conservação (2000) e a política nacional de educação ambiental.

Este arcabouço jurídico ambiental *stricto sensu* coexiste com normas setoriais apoiadas por diversos arcabouços políticos e filosóficos (os de manejo da água, florestas, flora e proteção da fauna são exemplos eloquentes), que configuram o papel do município de maneira muito diferente de acordo com o normativo objeto (NEVES, 2014). Com isso, o papel do município na gestão ambiental assume formas extremamente diversas de acordo com o objeto regulatório, revelando um amplo envolvimento do governo local de acordo com as interpretações aplicáveis, que é um processo contínuo e adaptativo.

O quinto fator é a indeterminação da legislação e das políticas ambientais e a conseqüente necessidade de construção de capacidades burocráticas para interpretar a aplicação regulatória. Torres (1996, p.141) identifica dois aspectos da complexidade do direito ambiental: “*sua indeterminação e sua obscuridade*”. Baseando-se em Habermas, Azuela de la Cueva (2006) afirma que existem várias causas de incerteza no âmbito do direito ambiental, entre as quais a incerteza científica quanto aos problemas ambientais, a mudança permanente característica do conhecimento científico, a presença de elementos não científicos no processo de estabelecer o quadro jurídico e as diferentes escolas e formas de raciocínio jurídico nos casos individuais em que as regras e normas devem ser aplicadas. Azuela de la Cueva (2006) reflete sobre a indeterminação incontornável das regras ambientais, ou seja, a sua incapacidade de conter e definir em si todas as condições para a sua implementação, através do conceito de processo de juridificação da questão ambiental:

Esta es la manifestación más importante, aunque no la única, de una de las características más importantes de la experiencia jurídica en sociedades complejas: la indeterminación ... Al juridificar la cuestión ambiental, se somete a las condiciones propias del ámbito jurídico. , independientemente de su potencial para introducir nuevos elementos (AZUELA DE LA CUEVA, 2006, p. 70)

As questões ambientais que são objeto da ação do Estado são, de fato, variadas e altamente interligadas, caracterizadas pela incerteza e complexidade. As fronteiras territoriais, políticas administrativas e sociais são cruzadas, marcando complexas redes de causalidade física e social. As questões ambientais geram a produção de conhecimento científico especializado e o uso de tecnologias sofisticadas. No entanto, o déficit permanente de conhecimento científico sobre os objetos da política limita a disponibilidade de insumos para os processos de tomada de decisão, quando muitos ainda são pouco conhecidos. O alto grau de complexidade dos objetos da política significa que a escala dos problemas ambientais tende a ser minimizada no médio e longo prazo, com confrontos entre os defensores do princípio da cautela e os defensores do *laissez faire* (CONNELLY; SMITH, 1999; KETTL; 2002; LAFFERTY, MEADOWCROFT, 1996; STEEL, CLINTON, LOVRICH, 2003).

A demanda por uma base científica sólida para a formulação de políticas ambientais - incluindo a definição de novos requisitos e legislações - envolve a contribuição de especialistas e técnicos capazes de lidar com metodologias e ferramentas de grande complexidade técnica. Essa característica estruturante da política ambiental confere um papel proeminente no processo de formulação de políticas à comunidade científica e na formação de

uma burocracia ambiental. Esta última entidade deve ser capaz de desenhar e implementar programas e tomar as decisões-chave na gestão ambiental, começando pelo exercício do poder por aqueles que fazem cumprir os regulamentos ambientais, um papel no cerne do mandato ambiental. A competência material sobre o meio ambiente traz como consequência lógica o poder de polícia, ou melhor, o poder de polícia administrativa, aplicado à proteção ambiental. O poder de polícia é o poder de que dispõe a Administração Pública para exercer o controle de bens e pessoas em benefício da coletividade ou do próprio Estado (MEIRELLES, 2014). O poder policial afeta bens, direitos e atividades, e se espalha pela Administração Pública por meio de ordens e proibições, mas, sobretudo, por normas limitantes e punitivas - ou seja, por ordem da polícia, por consentimento da polícia, e por sanção policial. O poder da polícia administrativa sobre o meio ambiente é exercido por meio de várias atividades, tais como a supervisão de atividades e comportamentos, licenciamento ambiental e diversas medidas relacionadas ao licenciamento, incluindo manutenção de registros (como por meio do Cadastro Ambiental Rural), monitoramento (por exemplo, do cumprimento de requisitos definidos em Alvarás e nos Termos de Ajustamento de Conduta), e a aplicação de sanções.

A burocracia ambiental goza de amplos poderes discricionários para a interpretação de regras formuladas genericamente, para exercer o poder de polícia e para controlar e aplicar sanções. Vários outros procedimentos de política ambiental também requerem poderes discricionários significativos, tais como licenciamento com base em Avaliações de Impacto Ambiental e Termos de Ajustamento de Conduta (TAC - Termos de Ajustamento de Conduta), que inclui o pagamento de compensação financeira por danos ambientais.

Em suma, a indeterminação da regulação ambiental decorre da complexidade do meio ambiente como objeto de política pública, e exige o exercício da discricionariedade dos órgãos de proteção ambiental e da burocracia. A construção de um corpo técnico especializado de funcionários estaduais, uma burocracia ambiental altamente qualificada, é primordial: políticas ambientais eficazes dependem muito da existência de burocracias estatais altamente qualificadas, capazes de interpretar as regulamentações ambientais e exercer o poder discricionário ambiental. O fomento e o desenvolvimento das capacidades de política ambiental representam um desafio importante para os governos locais, dados os escassos recursos financeiros disponíveis até agora para a governança ambiental.

4 CONCLUSÃO

O objetivo principal do presente artigo foi identificar os marcos institucionais que explicam o papel atribuído aos governos subnacionais, em particular aos municípios, na proteção ambiental no Brasil. Uma revisão do desenvolvimento da regulamentação ambiental brasileira revela uma ampla gama de questões institucionais que contribuíram e farão muito para moldar as políticas municipais de proteção ambiental. Durante o período de 1970 à década de 2010, progressos significativos foram feitos em termos de mudanças institucionais e do estabelecimento da regulamentação ambiental nacional. Atualmente, o meio ambiente é definido de forma inequívoca como um recurso de interesse público e coletivo e sob a tutela do Estado.

Sem pretensão de esgotar o tema, foram selecionados cinco aspectos institucionais, de acordo com a sua importância na

configuração do panorama institucional de proteção ambiental: os dispositivos constitucionais sobre o estatuto municipal, os dispositivos constitucionais sobre a distribuição dos poderes de tutela ambiental, o caminho percorrido pela a institucionalização da regulação ambiental, as questões relacionadas ao financiamento da política ambiental e os poderes discricionários da burocracia ambiental originados pela indeterminação do direito ambiental. Eles fornecem uma imagem complexa do papel dos municípios no sistema nacional de governança ambiental. Os três níveis de governo são investidos de um mandato constitucional de proteção ambiental, com condições institucionais específicas para implementação e operação. A capacitação dos municípios brasileiros (atualmente 5.570) como entes federados é uma importante mudança institucional no que se refere à proteção ambiental, mas que deve ser qualificada em função de um conjunto de fatores. Os municípios brasileiros estão habilitados para o pleno exercício do mandato ambiental. A autonomia típica de um ente federado confere aos municípios uma liberdade de ação sem precedentes na área ambiental. No entanto, existem condições que determinam a viabilidade da ação autônoma: em particular, os arranjos institucionais para fazer cumprir “regras compartilhadas” ambientais, o processo e os resultados do desenvolvimento de capacidades, a capacidade de gasto ambiental e a extraordinária heterogeneidade dos municípios e sua diversidade. A combinação desses fatores faz com que essa autonomia seja exercida de forma muito diferente, em poucos casos de forma eficaz, muitas vezes de forma bastante precária, pelos municípios.

A proteção ambiental é responsabilidade de todos os níveis de governo, aumentando a complexidade dos arranjos necessários para a execução das políticas e enfatizando a pluralidade de atores. Ao focar a ação isolada de cada um dos três níveis, objetivo

primordial da Lei Complementar n. 140/2011 que deveriam reger os acordos de cooperação é distorcida. Especialmente dramática é a ausência de uma arquitetura institucional que possibilite a cooperação entre entes federais, estaduais e municipais em prol do meio ambiente, a capacidade de coordenação e resolução de conflitos federativos, considerando as múltiplas demandas e o número de atores estaduais responsáveis pelo mandato ambiental. A consequência, para os municípios, é que, na maioria das vezes, estão sozinhos no cumprimento de seu mandato. Sem uma fonte regular de financiamento ambiental, os municípios são, mais do que nunca, altamente dependentes da cooperação intergovernamental vertical e horizontal para implementar a política ambiental.

A distribuição constitucional de competências entre os três níveis de governo atribuiu aos municípios um conjunto de áreas de jurisdição exclusivas nas quais as questões ambientais podem ser integradas. A agenda ambiental municipal possui um núcleo de atividades comum a todos os municípios e outras atividades selecionadas de acordo com os interesses locais, o que torna cada agenda municipal única.

Analisando o panorama institucional da ação ambiental local, os municípios estão totalmente habilitados para proteger o meio ambiente e integrar as preocupações ambientais nas políticas locais. A autonomia municipal e o poder discricionário da burocracia ambiental local reforçam seu papel constitucional. No entanto, deficiências no arranjo ambiental federal prejudicam a ação municipal até agora. A capacitação para a governança ambiental local é um fator crucial: o empoderamento efetivo dos governos municipais depende da construção de capacidades para exercer plenamente suas funções e exercer adequadamente seus poderes discricionários nas decisões ambientais.

É gritante a contradição entre os fundamentos institucionais da proteção ambiental e a fragilidade dos arranjos institucionais adotados para implementar essa proteção e financiar sua atuação: a melhoria do desempenho ambiental municipal depende do fortalecimento do arranjo federativo de proteção ambiental: não é possível que os municípios respondam plenamente à agenda se não houver uma estratégia nacional de apoio envolvendo os governos federal e estadual.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. A coordenação federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 4167, jun. 2005.

AFFONSO, R. B. A. **O federalismo e as teorias hegemônicas da economia do setor público na segunda metade do século XX: um balanço crítico**. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

ARRETCHE, M. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 14, n. 40, junho 1999, p. 11141.

ARRETCHE, M. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 53, n. 3, p. 587620, 2010.

AZUELA DE LA CUEVA, A. **Visionarios y pragmáticos: una aproximación sociológica al Derecho ambiental**. México: Fontamara/Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

BENJAMIN, A. H. Introdução ao direito ambiental brasileiro. In: SOARES JR, J.; GALVÃO, F. (Coord.). **Direito ambiental na visão da magistratura e do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11118.

BERNARD, E. et al. Downgrading, downsizing, degazettement and reclassification of protected areas in Brazil. **Conservation Biology**, v. 28, n. 4, p. 939950, Aug. 2014.

BRAÑES, R. **El desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación: informe sobre los cambios jurídicos después de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el**

Desarrollo (Rio 92). Santiago de Chile: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Oficina Regional de la UNESCO para América Latina y el Caribe, 2001.

BRAÑES, R. **Manual de derecho ambiental mexicano.** México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CARVALHO, J. C. A vocação democrática da gestão ambiental brasileira e o papel do Poder Executivo. In: TRIGUEIRO, A. (Coord.). **Meio ambiente no Século 21: 21 especialistas falam da questão ambiental em suas áreas de conhecimento.** Rio de Janeiro: Sextante, 2003a, p. 259274.

CARVALHO, J. C. Discurso de abertura do Encontro Interestadual do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente, Araxá, MG, 10 abr. 2002. In: SOARES JUNIOR, J.; GALVÃO, F. **Direito ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003b, p. 110.

CONNELLY, J.; G. SMITH. **Politics and the environment: from theory to practice.** 2. ed. London: Routledge, 2003.

EVANS, P. **The future of the State.** Globalization Trend Lab 2014. The Joseph H. Lauder Institute. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2014.

FARAH, M. F. S.; JACOBI, P. Governos locais e cooperação inter e intragovernamental no Brasil. In: FARAH, M.; BARBOSA, H. B. (Orgs.). **Novas experiências de gestão pública e cidadania.** São Paulo: FGV, 2000. HODGSON, G. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. 40, n. 1, Mar. 2006.

ISA – INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Estudo do ISA revela que nova Lei Florestal trouxe retrocesso ambiental em três municípios do Xingu.** ISA, Notícias Socioambientais, 08/06/2015.

Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2015.

ISA – INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL ET AL. **Retrocessos do governo Dilma na agenda socioambiental**. 6 de março de 2012. Disponível em: , Acesso em: 10 jun. 2015.

JOFFRE NETO, J. M. **Câmaras municipais no Brasil: ascensão e declínio**. Taubaté, SP: 2003.

KETTL, D. **Environmental governance: a report on the next generation of environmental policy**. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2002.

LAFFERTY, W.; MEADOWCROFT, J. “Democracy and the environment: congruence and conflicts – preliminary reflections”. In: LAFFERTY, W.; MEADOWCROFT, J. (Ed.). **Democracy and the environment – problems and prospects**. Chettenham: Edward Elgar, 1996, p. 117.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARCHESAN, A. M. M.; STEIGLEDER, A. M. **Crimes ambientais**. Comentários à lei n. 9605/1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2013.

MCALLISTER, L. **Making law matter: environmental protection and legal institutions in Brazil**. Palo Alto, CA: Stanford University Press, 2008.

MEIRELLES, H. L. et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito Municipal Brasileiro**. DALLARI, A.A. (Coord.). 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2014a.

MELO, M. **Crise federativa, guerra fiscal e “hobbesianismo**

municipal”: efeitos perversos da descentralização? São Paulo em Perspectiva, v. 10, n. 3, p. 1120, 1996.

MILARE, E. **Direito do meio ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2014.

NEDER, R. T. **Crise Socioambiental**: Estado & sociedade civil no Brasil (1982/1998). São Paulo: Annablume; FAPESP, 2002.

NEVES, E.M.S.C. Política ambiental, municípios e cooperação intergovernamental no Brasil. **Revista do Instituto de Estudos Avançados USP**, n. 74, 2012.

NEVES, E. M. S. C. Política e gestão ambiental no contexto municipal. **Cadernos Adenauer XV** –Governança e sustentabilidade das cidades, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, dez. 2014.

PÁDUA, J. A. Annihilating natural productions. Nature’s economy, colonial crisis and the origins of Brazilian political environmentalism (1786/1810). **Environment and History**, v. 6, p. 255-287, 2000.

PEREIRA, L. C. B. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: SACHS, I. et al. (Org.) **Brasil, um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 472-487.

PRADO, S. “Distribuição intergovernamental de recursos na Federação brasileira”. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A (Orgs.). **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**, desafios da reforma tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 41-126

REZENDE, F.; AFONSO, J. R. A Federação brasileira: fatos, desafios, perspectivas. In: REZENDE, F.; OLIVEIRA, F. A. (Org.). **Federalismo e integração econômica regional** – desafios para o Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004, p. 301-362.

SILVA, J. A. **Direito ambiental constitucional**. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

SILVASANCHEZ, S. S. **Cidadania ambiental**: novos direitos no Brasil. São Paulo: Humanitas: EDUSP, 2000.

SOUZA, C. Brazil: the prospects of a centerconstraining federation in a fragmented polity. **Publius**, v. 32, n. 2, p. 322, Spring, 2002.

SOUZA, C. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós 1988. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 105121, 2005.

STEEL, B. et al. **Environmental politics and policy**. Boston: McGrawHill, 2003.

TORRES, G. Developments in environmental law. **The Georgetown Law Journal**, University of Minnesota, v. 83, 1996.

TOSTES, A. **Sistema de legislação ambiental**. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: CECIP, 1994.

VALLE, R. S. T. O ano de 2010 pode aprofundar retrocesso na política socioambiental brasileira. ISA, **Notícias Socioambientais**, 11/02/2010.

VATN, A. **Institutions and the environment**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2005.

WATTS, R. L. Federalism, federal political systems, and federations. **Annual Review of Political Science**, n. 1, p. 117137, 1998.

YOUNG, O. et al. (Ed.). **Institutions and environmental change. Principal findings, applications and research frontier**. Cambridge: The MIT

PARTE III

MUDANÇAS INSTITUCIONAIS NA ORDEM PRIVADA

A RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA BRASILEIRA E SUA APLICAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Larissa Maria de Moraes Leal¹

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior²

1 INTRODUÇÃO

As intrincadas relações entre a vontade e o contrato, que alcançaram momento máxime de fusão a partir das revoluções liberais, não resistiram aos desafios do século XX. Os reclames contemporâneos de justiça social avançaram em todas as esferas do direito, transformando o direito civil tradicional. Superada, parece, a ideia de concepção da vontade como critério-base e, ao mesmo tempo, limite dos contratos. Todavia, ainda é possível encontrar, aqui e ali, em nossa legislação e decisões judiciais, resvalos da teoria da vontade e, por consequência, de seus efeitos no ambiente

1 Mestre e Doutora em Direito Privado pela UFPE; Professora Adjunta de Direito Civil da UFPE; Vice-Presidente da Associação de Defesa do Consumidor de Pernambuco (ADECCON-PE); Coordenadora para Direito de Família da ESA Nacional – Escola Superior da Advocacia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Membro do IAP – Instituto dos Advogados de Pernambuco.

2 Mestre e Doutor em Direito Privado pela UFPE; Professor Adjunto de Direito Civil da UFPE; Professor Titular de Direito Civil da Faculdade Marista; Tabelião de notas e registrador de imóveis

negocial. Assim ocorre com o tratamento dado à onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002, onde figura arrolada apenas como mecanismo de extinção dos contratos³.

Nosso objetivo é investigar as razões dessa escolha do legislador, seus reflexos na dimensão social dos pactos e sua incidência prática nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Consideramos apenas o enfrentamento do tema da onerosidade excessiva na seara de contratos civis e empresariais, excluindo-se da presente pesquisa a revisão ou resolução dos contratos de consumo, haja vista sua regulação por lei autônoma, o Código de Defesa do Consumidor.

No primeiro tópico, trataremos das transformações que afastaram a teoria contratual da soberania clássica dos contratos, assentada na prevalência da vontade como núcleo central e intangível dos negócios, rumo à afirmação de uma base objetiva dos pactos, fundada na justiça contratual.

A partir dessa perspectiva de uma reformada teoria do contrato, avançamos no estudo da onerosidade excessiva e suas implicações no ambiente contratual, tendo como norte a diretriz de garantia contemporânea de equivalência material nos pactos. Nessa ambiência, daremos especial atenção à força jurídica atribuída à alteração das circunstâncias contratuais, que pode tanto conduzir à revisão do conteúdo negocial, como à própria resolução do contrato.

O tratamento dado à onerosidade excessiva pelo Código Civil Brasileiro de 2002 é objeto do terceiro tópico deste trabalho. Sobreleva notar a opção do legislador em direcionar a onerosidade excessiva à resolução do contrato, ainda que as demais figuras

3 Artigo publicado, originalmente, na Revista da FA7. Fortaleza: Fa7, n.01, Vol 13, 2016, 19 p,

hermenêuticas destinadas à revisão dos contratos, como a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão constem do texto legal em comento.

Ao fim, as conclusões a que chegamos serão apresentadas por meio de comentários à aplicação da onerosidade excessiva pelo Superior Tribunal de Justiça, onde trataremos os efeitos da aludida escolha do legislador. O texto das decisões colacionadas será confrontado com os elementos dispostos, no Código Civil Brasileiro, como requisitos de aplicação da onerosidade excessiva no ambiente contratual e será aferido se há, ou não, também nesta Corte Superior, uma visão mais voltada a conferir eficácia resolutiva, em lugar de modificativa, à incidência de alterações supervenientes das circunstâncias negociais.

2 DA SOBERANIA CLÁSSICA DO CONTRATO À TEORIA DA BASE OBJETIVA DO CONTRATO

Os contratos, tradicionalmente, apareciam revestidos pela súpula *pacta sunt servanda*, corolário necessário da autonomia da vontade⁴, traduzida pela força vinculante dos pactos, que, como tal, deviam ser cumpridos. Entretanto, nesta fórmula, a vontade ainda não era um elemento conformador e causador dos contratos; pelo contrário, no direito romano, a vontade ou o consenso apenas excepcionalmente formavam os pactos. Foi apenas bem mais adiante, com o jusracionalismo, que a vontade passou a ser compreendida como fonte máxima de obrigações⁵.

4 LIMA, Clarissa Costa de. **Reflexões sobre a Resolução do Contrato na Nova Teoria Contratual**, p. 513.

5 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**, p. 69.

No decorrer do século XIX, uma convergência entre os juristas, então tida como universal, estabelecia que o direito positivo seria norteado e dominado por uma ordem natural de justiça. Essa convergência era tamanha, que foi considerada verdadeira religião de Estado⁶. A vontade, nesse período, avançava, sob a égide dos princípios da liberdade e igualdade, como expressão máxima de fonte legitimadora e conformadora dos contratos, sendo, portanto, intangível por decreto e por crença.

A alteração das condições contratuais, contudo, não obedecia aos decretos de satisfação dos anseios de segurança jurídica dos modernos. Os fatos supervenientes se impunham e o direito, até meados do século XX, ainda absorto das verdades revolucionárias do liberalismo e já estático diante da necessidade de lidar com as novas insurgências da sociedade, passou a indagar: pode o Estado intervir na execução do contrato?; pode o Estado alterar as condições contratuais, impedir ou retardar a execução de obrigações previamente dispostas em contrato?

A mitigação dos princípios clássicos dos contratos – autonomia da vontade, liberdade contratual e relatividade dos contratos – deu margem à composição de uma nova teoria dos contratos, que passou a contemplar, também, os princípios da função social dos pactos, da boa-fé objetiva, da equivalência material e, sobretudo, ofereceu ao direito civil uma visão revolucionária de justiça contratual⁷.

Mas a segurança ilusória dos modernos, mesmo em uma nova ordem social, ainda permanecia, como permanece até o tempos atuais, latente, tanto assim que não faltaram autores que proclamaram ser ainda a vontade a base da revisão dos contratos.

As doutrinas que colocam os instrumentos de revisão dos

6 RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**, p. 16.

7 LEAL, Larissa Maria de. **Boa-fé Contratual**, p. 26.

contratos, como a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão, sob a análise da força da autonomia contratual, consideram que esta revisão deriva, tacitamente, da vontade das partes. Para estas, a revisão também é querida e esperada, dado que o estado de coisas no qual elas teriam baseado sua declaração de vontade teria sido alterado de forma profunda e imprevisível. Tendo se comprometido a uma prestação, mediante uma vontade manifestada com base em um determinado estado de coisas, se houve modificação na base da vontade, a revisão, assim, seria querida e pretendida como forma de proteger a própria vontade das partes⁸. Em síntese apertada, o que se oporia ao credor, em uma revisão nesses moldes, seria sua própria vontade.

Se, na antiguidade, em princípio determinava-se a obrigação de adimplemento a quem prometeu (se deve, pague), sem atenção aos possíveis sacrifícios que esta diretriz gerava, foi o absolutismo dessa proposição que levou à conclusão de que havia, ali, uma dissociação entre o modo de lidar com o contrato e as necessárias adaptações que o direito reclamava⁹.

A chamada crise do contrato domiciliava-se justamente na inadequação entre uma dogmática ainda assentada na vontade como centro irradiador das normas contratuais e os reclames da

8 MORAES, Renato José de. **Clausula Rebus sic Stantibus**, pp. 31-32. Argumenta o autor que a maioria das doutrinas que fundamentam a revisão contratual na análise da vontade contratual, “especialmente formuladas pelos estudiosos alemães e italianos, tem um parentesco com a teoria da pressuposição, elaborada pelo jurista pandetista Windscheid. Mesmo as que surgiram como uma crítica à pressuposição não deixam de ser por ela influenciadas. Assim, a partir de aperfeiçoamentos à teoria de Windscheid, que fora acusada de ser excessivamente genérica e confusa, apareceram a doutrina da base do negócio jurídico (Oertmann e Karl Larenz), a teoria do erro (Giovene), a da vontade marginal (Osti), a teoria da imprevisão do *Conceil d’Etat* francês e diversas outras, cada uma com seu matiz próprio e, normalmente, defendidas por juristas de reconhecida capacidade”, p. 32.

9 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, p. 216.

contemporaneidade, que tornaram urgentes a funcionalização social do contrato, a garantia de equivalência material nos pactos e, por decorrência lógica, a revisão de seus conteúdos, em razão da ocorrência de fatos supervenientes que alterassem a condição de cumprimento contratual.

Foram, então, ao longo do século XX, resgatados institutos geneticamente dirigidos à revisão negocial, mas que ainda não haviam sido administrados de modo a realizar seu desiderato, como a cláusula *rebus sic stantibus*, e sendo formulados os seus sucedâneos, como a teoria da imprevisão, a teoria da base do negócio jurídico e, mais ao final, a onerosidade excessiva. Esses institutos foram trazidos para o ambiente da teoria dos contratos com vistas à realização da função social dos pactos e efetivação da ideia contemporânea de justiça contratual.

Oriunda do trabalho dos glosadores, a teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, reverenciada por autores como Hugo Grócio e Pufendorf, foi implantada no direito civil por Eberhard, no final do século XVIII, sendo introduzida na codificação territorial prussinana e no Código Civil austríaco. Ao longo dos séculos XVIII, XIX e início do século XX, a cláusula *rebus sic stantibus* foi amplamente criticada, sendo comum o argumento de que repugnaria à própria ciência do direito, por sua imprecisão, e porque configuraria o elemento mais aparente de uma teoria com que, sem lei ou norma geral, seria criada regra jurídica sobre a base do contrato¹⁰. Discutia-se, então, a própria concepção de base do negócio jurídico.

Mesmo dirigida à defesa da possibilidade de revisão do contrato, a teoria da base do negócio jurídico estava impregnada do princípio da autonomia da vontade. Se, a rigor, como afirmava

10 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, pp. 217-218.

Pothier, a justiça contratual constituía uma exceção ao rigor dos princípios do direito romano, não foi com facilidade que os juristas avançaram rumo à lapidação de uma perspectiva de justiça negocial onde estejam assegurados, ao mesmo tempo, o equilíbrio do contrato, seus fins econômicos e sociais e sua execução de boa-fé, tudo o que seria, atualmente, a base objetiva, e não mais subjetiva, do contrato¹¹.

3 A ONEROSIDADE EXCESSIVA E SEUS EFEITOS NO AMBIENTE CONTRATUAL

3.1 A Onerosidade Excessiva

Sempre que às circunstâncias nas quais o contrato foi celebrado sobrevierem fatos que as alterem em substância, onerando excessivamente uma das partes contratantes, o equilíbrio do contrato estará alterado. Esse é o ambiente onde deve incidir o instituto da onerosidade excessiva que, se esteve originalmente ligado à ideia de lesão contratual, destinando-se à resolução do contrato, rapidamente orientou-se, na doutrina, rumo à revisão dos pactos.

É certo que todo contrato, dada a sua função econômica, implica risco, que se avoluma quando este pacto projeta-se no tempo, tendo execução diferida. Não é possível estabelecer o ponto exato do equilíbrio contratual ou de sustentação de suas condições, mas sempre que a mudança de circunstâncias ultrapassar o limite objetivo e razoável das expectativas das partes contratantes, o risco do negócio perde importância. Neste caso, não será mais adequado

¹¹ RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**, p. 144.

exigir que a parte devedora, não tendo responsabilidade na alteração de condições, assuma a onerosidade excessiva decorrente¹².

A onerosidade excessiva figurou em texto legal no Brasil apenas no final do século XX, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Ali, no artigo 6º, inciso V, sempre que um fato superveniente torne excessivamente onerosas as obrigações contraídas pelos consumidores, lhes foi atribuído o direito de reivindicarem a modificação dessas obrigações majoradas, reconduzindo-se o contrato a um ambiente de proporcionalidade aceitável.

A linha de construção da ideia de onerosidade excessiva como mecanismo hermenêutico destinado à revisão ou à resolução dos contratos, sem embargos de opiniões distintas, pode ter como marco inicial as construções doutrinárias acerca da cláusula *rebus sic stantibus*. Como vimos anteriormente, o cumprimento dos pactos estaria adstrito, implicitamente, ao conteúdo da cláusula geral de continuidade e permanência das condições da avença; alteradas essas condições por fato superveniente, o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato estaria em xeque.

Na França, a evolução da cláusula *rebus sic stantibus* conduziu os doutrinadores a concebê-la em um enfoque diferenciado. Sob a égide de seu *Code*, ao longo de todo o século XIX, a jurisprudência civil francesa, dirigida pela máxima da completa intangibilidade do conteúdo contratual, entendia ser impossível a revisão dos pactos¹³. Já a doutrina francesa, talvez por estar vinculada a esse sistema judiciário, tratou de mitigar a abrangência da cláusula *rebus sic stantibus*, reduzindo o espaço da revisão judicial do contrato e tornando exigível mais um requisito para a sua realização: a

12 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Contratos, p. 202.

13 MORAES, Renato José de. **Clausula Rebus sic Stantibus**, pp. 75-76.

imprevisibilidade do evento superveniente que teria gerado a alteração das condições contratuais. Essa doutrina francesa foi denominada teoria da imprevisão e teve larga influência no direito civil pátrio¹⁴.

Na Itália, em 1942, o então *Novo Codice Civile*, nos artigos 1467 a 1469, adotou a onerosidade excessiva, já assim expressa, como causa de resolução contratual. Os italianos optaram por aplicá-la aos contratos de execução continuada, periódica ou diferida, agravados pela ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, onde a alteração de circunstâncias houvesse gerado uma excessiva onerosidade para uma das partes. A onerosidade não seria considerada no âmbito da álea natural de cada contrato e, assim como ficou consolidado no texto do Código Civil Brasileiro de 2002, a resolução somente poderia ser evitada pela parte contra a qual fosse demandada, por meio de proposição de modificação equitativa das condições do pacto¹⁵.

A vinculação da onerosidade excessiva com a teoria da imprevisão, na Itália, justifica-se tanto por seu momento político-econômico, como em razão das influências das discussões francesas sobre o tema. Mas no Brasil, tal justificativa não há.

Os autores de anteprojeto do Código Civil Brasileiro de 2002 conheciam os tratamentos sucedâneos dados à cláusula *rebus sic stantibus*, à teoria da imprevisão e à onerosidade excessiva. A revisão, assentada na principiologia revisionista da teoria da imprevisão, foi justificada por Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora e revisora do Código, como sendo um dos muitos exemplos de atendimento à socialidade do direito, tendo

14 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: Contratos, pp. 203-204.

15 MORAES, Renato José de. **Clausula Rebus sic Stantibus**, p. 83.

por objetivo imbuir nos pactos negociais estrutura e função social¹⁶. Mas não foi mencionada qualquer justificativa razoável para que a onerosidade excessiva constasse do texto apenas em sua vertente produtora de eficácia resolutive dos pactos. Perdeu, portanto, o legislador brasileiro um momento bastante oportuno para estabelecer, em claras linhas, um novo programa de revisão dos contratos, mais objetivo, mais dinâmico e em consonância com as demandas sociais.

3.2 A Eficácia Modificativa ou Revisional da Alteração de Circunstâncias

A apreensão do sentido de eficácia modificativa das alterações de circunstâncias na esfera contratual remonta à Idade Média. O direito romano primitivo, apegado ao formalismo que lhe era peculiar, pouco cuidou em lidar com os pactos de trato sucessivo ou com os possíveis desequilíbrios posteriores à formação dos contratos. Cabia às partes o dever de precaução contra o perigo de superveniência de fatos que alterassem o equilíbrio do contrato. Foram os canonistas que, revendo o direito romano, cunharam a máxima *non servanti fidei, non est fides servanda*, julgando imoral que um contratante pudesse exigir o cumprimento das promessas do outro quando não tivesse disposição ou não tivesse condições, ele mesmo, de manter suas próprias promessas¹⁷.

Atribuir efeito modificativo ou revisional à alteração das circunstâncias contratuais persiste como problemática sensível na teoria dos contratos. É comum a agregação, a tais situações, das

16 MORAES, Maria Antonieta Lynch de. **Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva**, p. 208

17 RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**, p. 143.

discussões próprias dos chamados conflitos entre os princípios gerais que informam o Direito. “Fala-se, assim, de conflito entre o valor da **segurança**, que exige a manutenção dos contratos e o da **justiça**, que impede benefícios injustificados para uma pessoa, à custa de outra”¹⁸.

Entrementes, apenas um giro de 180 graus, como o ocorrido na teoria geral dos contratos, absorvendo uma nova ideologia principiológica, tornou possível estabelecer que, por justiça contratual, os pactos devem ser revistos ou extintos, a depender da possibilidade ou não de sua continuidade, em razão da ocorrência de fatos supervenientes que os tornem desequilibrados e dissociados de seus valores econômicos e sociais.

Nesse sentido dispõe o Código Civil Português, em seu artigo 437, no 1, apontado como sendo de significativa clareza:

Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Seria, portanto, na legislação portuguesa, um juízo de equidade o fundamento para atribuição de eficácia revisional, ou não, à alteração das circunstâncias, diretriz contrária à determinada no Código Civil Brasileiro de 2002, que, como veremos, optou por restringir o papel do juiz no tratamento dos fatos supervenientes hábeis a alterar as condições dos pactos.

18 MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das Obrigações**, vol. 02, p. 142.

3.3 A Eficácia Resolutiva da Alteração das Circunstâncias

A eficácia resolutiva da modificação de circunstâncias contratuais é conhecida, no Brasil, pela jurisprudência, desde 1930. Neste ano, Nelson Hungria, ainda na condição de magistrado de primeira instância, com base na cláusula *rebus sic stantibus*, determinou a resolução de uma promessa de compra e venda de imóvel, firmada 18 anos antes. O valor do objeto da avença havia sido decuplicado nesse intervalo de tempo, como resultado de alterações imprevisíveis do mercado de imóveis, ocasionadas por empreendimentos realizados pela Prefeitura do Município do Rio de Janeiro. Foi com base nos princípios gerais do direito, na equidade e no reconhecimento dessas alterações de circunstâncias, que a promessa de compra e venda foi declarada resolvida, sendo-lhe negados todos os efeitos jurídicos¹⁹.

Em síntese, a eficácia resolutiva da alteração de circunstâncias está assentada na seguinte premissa: o contrato era respeitável quando concluído porque correspondia a fins legítimos; posteriormente à sua conclusão, quer por culpa de uma das partes, de terceiro ou por um acontecimento fortuito, desequilibrou-se, tornando a sua execução indevida. Não obstante, como se trata de quebra de contrato, a intervenção do judiciário é necessária por dois motivos: para avaliação do grau de inexecução, se parcial, acessória ou tardia; e porque não deve haver extinção de pleno direito de obrigação legitimamente contratada em decorrência de alteração das circunstâncias contratuais²⁰.

Contudo, o que deveria ser residual ou excepcional, a

19 MORAES, Renato José de. *Clausula Rebus sic Stantibus*, p. XXI.

20 RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*, p. 144-145.

terminação do contrato, no Código Civil Brasileiro passou à condição de regra. Em seu texto, o Código dirige os contratos impactados por fatos supervenientes - e tornados excessivamente onerosos – diretamente à resolução, olvidando-se de que a própria ideia de função social dos contratos reside, preliminarmente, em sua existência.

A eficácia resolutiva da alteração de condições deveria ser reconhecida somente nas hipóteses em que não fosse possível salvar o contrato, garantir a continuidade da relação jurídica contratual, resgatando seu equilíbrio. Como veremos, o texto escorreito do Código conduz, em uma interpretação literal, ao resgate do pacto apenas, e somente apenas, quando a parte beneficiada pela alteração de condições, voluntariamente, oferecer-se para alterar o conteúdo contratual.

4 A ONEROSIDADE EXCESSIVA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E SUA APLICAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em uma clara manifestação de sobrepujança dos efeitos extintivos das alterações de condição contratual, como vimos, nosso Código Civil optou por tratar a Onerosidade Excessiva no capítulo destinado à extinção dos contratos.

Dispõe o artigo 478, do Código Civil Brasileiro:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para

a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

São requisitos legais, portanto, para a resolução por onerosidade excessiva: a- que o contrato seja de execução diferida ou continuada; b- que a alteração de circunstâncias se dê em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível; c- que, em razão de tais acontecimentos, a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa e que, concomitantemente, haja extrema vantagem para a outra parte. Ao lado desses requisitos legais, temos também um requisito que se impõe em razão do sistema de direito civil: d- que a parte beneficiada pelo fato superveniente não seja culpada ou responsável por sua ocorrência, dado que a ninguém é permitido beneficiar-se de sua própria torpeza.

Pelo texto do Código Civil, a imprevisibilidade figura como requisito não apenas à revisão dos contratos, mas também à resolução dos mesmos. O fato previsível, em princípio, excluiria a alegação de onerosidade excessiva.

Em outro sentido, o Código de Defesa do Consumidor avançou ao não exigir a imprevisibilidade ou irresistibilidade do fato superveniente, exigindo, tão somente, a quebra da base objetiva do pacto, caracterizada pela fratura de seu equilíbrio e abalo na relação de equivalência material das prestações²¹.

O elemento autorizador da revisão, no Código Civil Brasileiro que deveria ser objetivo, o desequilíbrio gerado pelo fato superveniente, foi tratado subjetivamente. A exigência de

21 CARDOSO, Débora Rezende. **O Fim Negativo do Contrato no Código Civil de 2002: Resolução por Onerosidade Excessiva**, p. 556.

imprevisibilidade, além de ser eminentemente subjetivista e apegada ao corolário da autonomia da vontade, negligencia todo o desenvolvimento da chamada nova teoria dos contratos e desafia, frontalmente, seus princípios sociais.

A doutrina, alternadamente, aponta dois modelos que teriam servido de inspiração ao legislador nacional: para alguns, a comissão de Miguel Reale teria seguido as diretrizes que compunham o Código Civil italiano de 1942, em seus artigos 1467 a 1469, já aventados anteriormente. Para a maioria, contudo, o modelo parece ainda mais remoto: a Lei Failliot, de 1918, que propôs, na França, a rescisão contratos anteriores à guerra porque sua execução havia se tornado excessivamente onerosa. Ali, ainda apegados à vontade, não se cogitava a possibilidade de revisão dos conteúdos contratuais. Em seu artigo 2º, a Lei Failliot tinha como caráter essencial a intervenção do Juiz no desenlace contratual porque as partes não poderiam, sozinhas, desligar-se de uma obrigação que tornara-se ruínosa para uma delas. O juiz não poderia rever o pacto para lhe modificar as cláusulas estabelecidas; os juristas consultados antes da edição desta lei, afastaram a proposta de revisão, afirmando que esta somente poderia resultar de entendimento entre as partes²².

Nesse mesmo sentido, o legislador dispôs, no artigo 479 do Código Civil Brasileiro:

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Apesar do legislador ter absorvido as ideias próprias da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão, a

22 RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**, p. 145.

exemplo da disposição constante do artigo 317 do Código Civil²³, e independentemente do modelo seguido, italiano ou francês, o fato é que o Código Civil Brasileiro não avançou quanto podia no tratamento da onerosidade excessiva. A partir da segunda metade do século XX, já havia amplo consenso doutrinário na Europa sobre a inspiração da onerosidade excessiva: afastando a perspectiva de imprevisibilidade, a revisão do contrato seria inspirada no conceito de equilíbrio objetivo entre as prestações, de garantia de um sinalagma funcional nos pactos. Seria, pois, um retorno à objetividade originária da cláusula *rebus sic stantibus*, com maior intimidade com os princípios sociais dos contratos.

O Superior Tribunal de Justiça julgou menos de uma dezena de pedidos nos quais houve alegação de resolução dos contratos decorrente de alteração das circunstâncias, com base nas disposições do Código Civil Brasileiro de 2002. As razões para tanto assentam-se em três fatores: os filtros processuais que determinam quais os pedidos que serão conhecidos e julgados em nossos Tribunais Superiores; a evidência de que, na grande maioria das situações, é na seara dos contratos de consumo que se tem requerido a incidência da onerosidade excessiva; e, por fim, a rigidez dos critérios impostos pela legislação civil brasileira para a aplicação da onerosidade excessiva, com especial destaque à escolha do legislador em dirigir o contrato que teve suas condições alteradas por fato superveniente à resolução e não à revisão dos pactos, bem como o requisito de imprevisibilidade do fato superveniente, este que tem sido o maior óbice à resolução dos contratos por onerosidade excessiva.

23 Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A opção do legislador, afastando no texto do Código o juízo de equidade do magistrado, negando-lhe a opção entre rever ou resolver o contrato, gerou consequências imediatas. As turmas do Superior Tribunal de Justiça competentes para processar e julgar feitos dessa natureza, a terceira e a quarta, têm julgado casos de onerosidade excessiva, incidente em contratos civis e empresariais, de modo uniforme. A opção, no STJ, segue a diretriz do legislador e, diante de onerosidade excessiva incidente nos contratos, a opção tem sido a de buscar o preenchimento literal de todos os requisitos arrolados no artigo 478 já referido.

Não é demais ratificar, o requisito de imprevisibilidade, dissonante da teoria da onerosidade excessiva hodierna, aparece com força total nos julgados do Tribunal da Cidadania. Se não resta provada a imprevisibilidade do evento que alterou as condições contratuais, prejudicada ficará a parte excessivamente onerada, a quem caberá o cumprimento ordinário das obrigações que contraiu no momento da contratação.

Dirimindo conflito de onerosidade excessiva em contratos de safra, os quais têm alta carga de aleatoriedade, o STJ negou aplicação da onerosidade excessiva aos mesmos, assentado na premissa de que este instituto reclama a superveniência de evento extraordinário e impossível de ser antevisto pelas partes contratantes. Não houve argumentação pautada na possível vulnerabilidade jurídica de uma das partes; houve simples aplicação escorreita do texto legal, conforme julgou a quarta turma, em 28 de fevereiro de 2012:

RESP 945166–GO Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA DE SOJA.

CONTRATO QUE TAMBÉM TRAZ BENEFÍCIO AO AGRICULTOR. FERRUGEM ASIÁTICA. DOENÇA QUE ACOMETE AS LAVOURAS DE SOJA DO BRASIL DESDE 2001, PASSÍVEL DE CONTROLE PELO AGRICULTOR. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA. IMPOSSIBILIDADE. OSCILAÇÃO DE PREÇO DA “COMMODITY”. PREVISIBILIDADE NO PANORAMA CONTRATUAL.

1. A prévia fixação de preço da soja em contrato de compra e venda futura, ainda que com emissão de cédula de produto rural, traz também benefícios ao agricultor, ficando a salvo de oscilações excessivas de preço, garantindo o lucro e resguardando-se, com considerável segurança, quanto ao cumprimento de despesas referentes aos custos de produção, investimentos ou financiamentos.

2. A “ferrugem asiática” na lavoura **não é fato extraordinário e imprevisível**, visto que, embora reduza a produtividade, é doença que atinge as plantações de soja no Brasil desde 2001, não havendo perspectiva de erradicação a médio prazo, mas sendo possível o seu controle pelo agricultor. Precedentes.

3. **A resolução contratual pela onerosidade excessiva reclama superveniência de evento extraordinário, impossível às partes antever**, não sendo suficientes alterações que se inserem nos riscos ordinários. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente provido para

restabelecer a sentença de improcedência. (grifos nossos).

No mesmo sentido, e com base em fundamentos idênticos, já havia julgado a terceira turma do STJ, caso semelhante que envolvia contrato de safra, em 18 de maio de 2010:

RESP 835498 – GO Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL. COMPRA DE SAFRA FUTURA DE SOJA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. CONTRATO ALEGADO COMUTATIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO IMPROCEDENTE.

I - Não se viabiliza o especial pela indicada ausência de prestação jurisdicional, porquanto a matéria em exame foi devidamente enfrentada, emitindo-se pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

II - Na hipótese dos autos o Tribunal de origem aludiu ao contrato de compra de safra futura (aleatório), referindo-se a ele como um contrato comutativo. Isso não significa concluir, porém, que a execução do contrato não se daria de forma diferida no tempo, igualando-se, pois, o caso, aos inúmeros casos semelhantes a este já julgados por este Tribunal. Muito ao revés, o acórdão é bastante claro em afirmar que as partes contrataram a entrega de

safras de soja para momento posterior à celebração do negócio. Impertinente, por isso, o argumento de que a resolução contratual com fundamento no artigo 478 do Código Civil estaria desautorizada, devendo-se, no caso, seguir a jurisprudência já pacificada nesta Corte em casos idênticos.

III - Tendo o aresto recorrido determinado a resolução do contrato com base na onerosidade excessiva superveniente (artigo 478 do Código Civil), revela-se impertinente, também, a alegação de ofensa ao artigo 157, § 1º, do Código Civil, segundo o qual a desproporção entre as obrigações para efeito da aplicação do instituto da lesão deve ser apurada ao tempo em que celebrado o contrato.

Isso porque o Acórdão está ancorado na teoria da imprevisão e não no instituto da lesão. Incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

IV - No caso concreto, os autores buscam a resolução do contrato por onerosidade excessiva e não pelo inadimplemento de alguma contraprestação a que se obrigou a parte contrária. Dessa forma, a expressão “interpelação judicial” contida no artigo 474 do Código de

Processo Civil deve ser compreendida como a própria propositura da ação judicial, não havendo sentido exigir uma interpelação judicial prévia (procedimento de jurisdição voluntária) para a constituição de uma mora que não se verificou. Incidência da Súmula 284/STF.

V - “A compra e venda de safra futura, a preço

certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola (sua cotação no mercado internacional) não era imprevisível.” (REsp 722130/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, DJ 20/02/2006);

VI - Recurso Especial provido, cancelada a imposição da multa do artigo 538 do Código de Processo Civil. (grifos nossos).

A confusão entre institutos operada pelo legislador desaguou nas decisões judiciais. Na decisão acima, podemos inferir que o julgador identifica a onerosidade excessiva com a teoria da imprevisão.

O resultado, quando investigamos os efeitos da disposição do artigo 478 do Código Civil nos contratos aleatórios submetidos a fatos supervenientes, é uniforme no Superior Tribunal de Justiça: por entenderem que a sorte lhes é própria, o julgador afasta da incidência da onerosidade excessiva aos mesmos, negando-lhe eficácia modificativa ou resolutive, por entender que a alea, ou sorte, afasta qualquer possibilidade de discussão acerca do equilíbrio do contrato ou da equivalência das obrigações das partes contratantes.

Máxime, nesse entendimento, o julgamento da terceira turma, no recurso especial 866414, de 06 de março de 2008:

RESP 866414 – GO - E M E N T A: CIVIL. CONTRATO. COMPRA E VENDA. SOJA. PREÇO FIXO. ENTREGA FUTURA. OSCILAÇÃO DO MERCADO. RESOLUÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. BOA-FÉ OBJETIVA. CÉDULA DE PRODUTO RURAL. NULIDADE.

- Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se

cogita em imprevisão.

- É nula a emissão de cédula de produto rural, pois desviada de sua finalidade típica, qual seja, a de servir como instrumento de crédito para o produtor rural.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Castro Filho (art. 162, IV, b do RISTJ). Os Srs. Ministros Ari Pargendler e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifos nossos).

Na decisão acima, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ainda não estava firmado. Tanto assim que os votos de divergência, da lavra dos Ministros Fátima Nancy Andrichi e Castro Filho argumentaram em outro sentido, entendendo ser cabível e oportuna a aplicação da onerosidade excessiva, in casu, decorrente do desequilíbrio contratual patente e por violação do princípio da boa-fé objetiva. Argumentaram também, anteriormente, em divergência, os Ministros citados em sede do Recurso Especial 783520, julgado em 07 de maio de 2007, situação na qual também foram vencidos.

Desde 2008, em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, por entender que a imprevisibilidade do fato superveniente é requisito para a aplicação da onerosidade excessiva aos contratos, tem negado incidência da mesma nos pactos aleatórios.

5 REVISÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA APÓS O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Muito embora o legislador de 2002 tenha optado pela resolução contratual como consequência natural da onerosidade excessiva, a técnica de revisão não é estranha ao direito privado comum e encontra fundamento no sistema para além da literalidade do art. 478 do Código.

As bases desta discussão doutrinária são, por certo, bem anteriores ao próprio Código Civil de 2002.

Pontes de Miranda, por exemplo, ao estudar o poder de resolução contratual, já salientava que há situações em que o contratante prejudicado pela alteração de circunstâncias precisa necessariamente recorrer ao pedido de modificação da contraprestação²⁴.

A interpretação que nega o poder de intervenção contratual em decorrência das limitações da regra codificada viola o velhíssimo princípio da conservação do negócio jurídico, que hoje assume nova roupagem à luz da tutela da função do contrato e do sentido finalista do processo obrigacional²⁵.

Por isso, quando do exame da experiência jurídica brasileira a respeito da onerosidade excessiva após o novo Código, verifica-se que

24 PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**, p. 262.

25 Neste sentido: “E se la regola di conservazione e di adeguamento del contenuto esprime un’esigenza generale, riferibile all’autonomia privata nel suo complesso, a maggior ragione, se diceva, essa deve operare laddove – come ci è stato spiegato – lo svolgimento del rapporto è funzionalmente connesso all’interesse dei contraenti alla continuità dell’esecuzione, cioè nei contratti a lungo termine. Il riferimento è alle circostanze sopravvenute atte ad alterare, nel tempo, l’equilibrio di assetti programmati ab origine dai contraenti.” (CRISCUOLO, Fabrizio. **Autonomia negoziale e autonomia contrattuale**, p. 284.)

a doutrina procurou de imediato inserir a revisão como uma faculdade implícita²⁶, de modo a ajustar a lei às necessidades do sistema.

Essa interpretação construtiva, como dito anteriormente, acaba por se fazer sentir também na jurisprudência.

Neste sentido, vale conferir o seguinte julgado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

TJSP – Apelação nº 3002130-07.2010.8.26.0439 – julg. 24/05/12.

Revisão de contrato bancário. Possibilidade que decorre do próprio sistema jurídico (arts. 478 e 480 do CC e art. 6º, V, do CDC). Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do STJ). Adesividade. Hipervulnerabilidade do consumidor temperada por sistemática de cláusulas principiológicas de equilíbrio e equidade. Adesão que em si mesma não é antijurídica. Contrato de abertura de conta corrente. Capitalização mensal dos juros remuneratórios. Inocorrência. Hipótese em que os novos juros incidiram somente sobre o capital. Depósitos que amortizam o saldo devedor. Imputação do pagamento. Aplicabilidade do art. 354 do CC. Anatocismo afastado. Contrato de empréstimo. Juros prefixados, calculados quando da celebração da avença e diluídos ao longo do negócio jurídico. Capitalização mensal dos juros remuneratórios inócurrenente. Juros remuneratórios. Inaplicabilidade da Lei de Usura. Vedação consubstanciada na Súmula 596 do STF. Inaplicabilidade do art. 192, §3º, da CF,

26 Entre outros: ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, pp. 728-729; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, p. 133.

revogado pela EC 40/03. Inexistência de limitação legal ou constitucional. Incidência da Súmula Vinculante n.º 7 do STF. Abusividade não comprovada. Spread bancário legítimo. Tarifas e encargos bancários. Legitimidade. Desnecessidade de previsão contratual. Autorização do Banco Central. Possibilidade de verificação nas próprias agências bancárias e por meio eletrônico. Direito de informação não violado. Sucumbência. Ônus devidos à parte vencida. Improcedência da demanda. Honorários advocatícios impostos integralmente ao autor. Princípio da causalidade. Recurso desprovido. (g.n.)

O precedente é interessante porque, mesmo tratando de hipótese de revisão em relação de consumo, remete ao art. 478, assentando que em relações privadas não submetidas ao CDC também existe a possibilidade de intervenção no conteúdo do contrato.

Percebe-se, assim, que o nosso sistema dispõe de recursos técnicos necessários para tratar a questão da onerosidade excessiva de forma bem mais adequada e efetiva do que pode sugerir uma leitura restrita do dispositivo em questão.

Mais do que simplesmente prever a possibilidade de revisão, entretanto, é preciso privilegiá-la, tê-la como solução prioritária a ser adotada nos casos de desequilíbrio contratual.

Essa interpretação parece estar em plena consonância com os fundamentos da teoria contratual brasileira contemporânea, e alinha o modelo nacional com as propostas mais atuais colhidas no direito comparado, como os Princípios do Direito Contratual Europeu e os Princípios do UNIDROIT²⁷.

27 MARTÍNEZ, Esperanza Alcaín. **Problemas de la alteración sobrevinida de las circunstancias del contrato en la unificación del derecho europeo**, pp. 58-60.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, v. 01.

ASSIS, Araken de. In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. V.

CARDOSO, Débora Rezende. O Fim Negativo do Contrato no Código Civil de 2002: Resolução por Onerosidade Excessiva. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 529-558.

CRISCUOLO, Fabrizio. **Autonomia negoziale e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2008.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé Contratual. In, LÔBO, Paulo Luiz Netto & LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, pp. 25-42.

LIMA, Clarissa Costa de. Reflexões sobre a Resolução do Contrato na Nova Teoria Contratual. In MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato – Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 504-528.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTÍNEZ, Esperanza Alcaín. Problemas de la alteración sobrevinida de las circunstancias del contrato en la unificación del derecho europeo. In SERRANO, Juan Miguel Ossorio (org.). **Europa y los nuevos limites de la autonomia privada**. Granada:

Universidad de Granada, 2005.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Direito das Obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, v. 02.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. Resolução e Revisão dos Contratos por Onerosidade Excessiva. *In*, LÔBO, Paulo Luiz Netto & LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, pp.207-226.

MORAES, Renato José de. **Clausula Rebus sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, vol.XXV.

RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Civis**. Campinas: Bookseller, 2002.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2006.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Carlos Mendes Monteiro da Silva¹

Dante Ponte de Brito²

Pedrita Dias Costa³

Resumo: O presente estudo se dedica a analisar a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo no âmbito dos tribunais brasileiros para refletir se a violação do tempo do consumidor constitui lesão a bem juridicamente tutelado, suscetível de ser indenizado em categoria distinta do tradicional dano moral. Por meio da pesquisa

1 Advogado atuante com ênfase em Direito Civil e do Consumidor. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Especialista em Direito pela Escola do Legislativo Prof. Wilson Brandão (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2017). E-mail: carlosmendesmds@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1943-1930>.

2 Professor Adjunto III da UFPI. Docente vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI. Pós-Doutor em Direito pela PUCRS (2020). Doutor em Direito pela UFPE (2016). Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB (2008). Advogado atuante nas áreas de Direito Civil e do Consumidor. E-mail: dantephb@ufpi.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7918-2668>.

3 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Pós-graduada em Direito Processual (2009) e Direito e Processo do Trabalho (2015), Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2006). Advogada. E-mail: pedritadias@ufpi.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7536-2765>

bibliográfica e jurisprudencial, busca-se identificar a base de sustentação da teoria e se a indenização arbitrada pode ser entendida como medida de prevenção de danos. Outrossim, evidencia-se a necessidade de que se promovam estudos mais detalhados para distinguir, com rigor científico, as espécies de danos causados aos consumidores, permitindo sua adequada aplicação pelos tribunais. Diante da funcionalização dos institutos e da proposta de vislumbrar a responsabilidade civil na perspectiva multifuncional, as medidas de prevenção e reparação aos consumidores, seja por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais, como é o caso do dano existencial, importa em promoção do equilíbrio no mercado de consumo.

Palavras-chave: Teoria do Desvio Produtivo. Direitos existenciais. Relação de consumo. Dano temporal. Indenização.

Abstract: This study is dedicated to analyzing the application of the Consumer Productive Deviation Theory in the context of Brazilian courts to reflect if the violation of the consumer's time constitutes an injury to a legally protected property, susceptible of being indemnified in a category different from the traditional moral damage. Through bibliographic and jurisprudential research, we search to identify the basis for supporting the theory and whether the arbitrated indemnity can be understood as an adopted damage prevention measure. Furthermore, it is evident the need to promote more detailed studies to distinguish, with scientific rigor, the types of damage caused to consumers, allowing their proper application by the courts. In view of the functionalization of the institutes and the proposal to envision civil liability from a multifunctional perspective, prevention and reparation measures for consumers, whether for property or off-balance sheet damages, as is the case of

existential damage, matter in promoting balance in the consumer market.

Key-words: Consumer Productive Deviation Theory. Existential rights. Consumer relationship. Temporal damage. Indemnity.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna, caracterizada por revoluções tecnológicas e pela velocidade das transformações sociais tem desafiado o Direito a oferecer solução para diversos problemas que colocam em xeque a plenitude do desenvolvimento da personalidade humana, enquanto valor fundamental inserido nos textos constitucionais dos Estados Democráticos.

Ao se deparar com questões que emergem das tecnologias, o jurista, não raro, confronta regras pensadas em um modelo analógico, diante da necessidade de solucionar problemas da era digital. Daí porque se impõe a revisitação de conceitos e teorias, em busca de adequá-los aos novos tempos.

No campo do direito do consumidor, as discussões se ampliam na medida em que, além dos conflitos que envolvem o fornecimento de produtos e serviços em si, os quais já representam grande percentual das demandas judiciais, entram na pauta de discussão os deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e da confiança, cujo descumprimento acarreta danos, passíveis de reparação.

As novas teorias que ensejam a responsabilidade civil do fornecedor devem ser cautelosamente estudadas, com critérios rígidos de interpretação, que permitam concretizar adequadamente os valores constitucionais. Nesse aspecto, torna-se relevante

analisar como o Poder Judiciário tem aplicado a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. A base de sustentação das decisões e sua análise detalhada, a distinção em relação a outras formas de danos e o caráter preventivo são algumas das questões intrigantes que merecem especial atenção dos estudiosos das relações de consumo.

Para Marcos Dessaune (2019, p. 28) a expressão “responsabilidade civil pela perda do tempo livre ou útil” utilizada em algumas decisões é inadequada. Para o autor, é impróprio pensar em “tempo inútil” ou “tempo de sobra” e o que se pretende, na verdade, é a responsabilização do fornecedor pelo prejuízo do tempo (bem jurídico) desperdiçado pelo consumidor, que causa um impacto danoso nas suas atividades planejadas ou desejadas (interesses jurídicos), e que resulta alteração danosa da sua vida.

As alterações da forma de ser da vida social causam reflexos no estudo da responsabilidade civil, em especial no que se refere à função preventiva, exigindo uma reconceituação e o redimensionamento dos danos, resultando em profundas revisões nos sistemas de justiça (VENTURI, 2016, p.10).

Deste modo, o enfretamento do tema em questão pelos tribunais brasileiros permitirá compreender mais detalhadamente o seu campo de aplicação, contrapondo-se à tese de mero aborrecimento.

2 A TUTELA DO TEMPO DO CONSUMIDOR E A PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES EXISTENCIAIS

Para Marcos Dessaune (2019, p. 24) “o tempo é um recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas”. O dano temporal, que repercute

diretamente na qualidade de vida dos indivíduos, consiste na violação de um bem concretamente aferível e que dificulta o sujeito de gozar de sua existência como bem lhe aprouver (VERBICARO; PAES, 2019, p. 3).

Ainda não são muitos os estudos que enfrentam a temática da responsabilidade civil com foco na indenização pela perda do tempo, em especial na seara consumerista. A dificuldade reside na tarefa de interpretar e propor conceitos e novas ideias, em especial para enfrentar certas objeções dogmáticas sobre essa nova categoria indenizatória (BASTOS; SILVA, 2020, p. 2).⁴

Para Bastos e Silva (2020, p. 18) a questão

não consiste em um apelo pela não indenização do dano pela perda do tempo útil, mas simplesmente tenta redirecionar o debate para as categorias utilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando um desenvolvimento sistemático desta espécie de responsabilidade.

É imperioso reconhecer que o tempo não é apenas uma abstração e que há proteção expressa em diversas normas estatais, a exemplo do Decreto 6523/2008, que dispõe sobre o SAC (Serviço de Atendimento ao Consumidor) e das diversas leis municipais que limitam o tempo de espera dos consumidores em filas de banco.⁵

4 Os autores visam analisar se a perda do tempo configura categoria indenizatória autônoma, ao lado dos danos patrimoniais e morais.

5 O Art. 2º da Lei nº 2.743 de 28 de dezembro de 1998 (que regulamenta o tempo de espera em filas de banco em Teresina, capital do Piauí) considera como tempo razoável para atendimento até 30 (trinta) minutos em dias normais; até 45 (quarenta e cinco) minutos em véspera ou após feriados prolongados; e até 30 (trinta) minutos nos dias de pagamentos dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionárias de serviços públicos e de recebimento de tributos municipais, estaduais e federais. Ressalta ainda no § 2º

O Decreto 6523/2008 dispõe sobre a qualidade do atendimento e exige a observância dos princípios da dignidade, da boa-fé, da transparência, da eficiência, da eficácia, da celeridade e da cordialidade (art. 9º). Fica evidente a reação do legislador às situações de abuso a que os consumidores são expostos diariamente, em especial quando necessitam cancelar algum serviço. Considerando essa situação, o art. 10, § 2º, não admite a transferência da ligação em caso de cancelamento de serviço, exigindo que todos os atendentes possam executar essa função.

Considerando a importância do equilíbrio nas relações de consumo, configura-se prática abusiva, entre outras hipóteses, quando o fornecedor deixa de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixa a fixação do termo inicial a seu exclusivo critério (art. 39, XII, CDC). Diante disso, infere-se a importância de fixação de prazo para que o fornecedor cumpra a obrigação pactuada, sob pena de lesão a interesse do consumidor, juridicamente tutelado.

O Código Civil, ao tratar das relações obrigacionais, prevê consequências para aquele que incorrer em mora (tanto do devedor quanto do credor). O inadimplemento no tempo estipulado pode resultar em perdas e danos, juros e atualização monetária, além de honorários advocatícios.⁶ Assim, as consequências patrimoniais

do mesmo artigo que o tempo máximo de atendimento leva em consideração o fornecimento normal de serviços essenciais e manutenção de ritmo normal das atividades bancárias tais como energia, telefonia e transmissão de dados. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pi/t/teresina/lei-ordinaria/1998/274/2743/lei-ordinaria-n-2743-1998-obriga-as-agencias-bancarias-no-ambito-do-municipio-a-colocar-a-disposicao-dos-usuarios-pessoal-suficiente-nos-setores-onde-haja-a-formacao-de-filas-garantindo-que-o-atendimento-seja-efetivado-em-tempo-razoavel>. Acesso em: 09 nov. 2020.

6 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

resultantes do inadimplemento do contrato já estão definidas pela lei.

Ocorre que, na dinâmica das relações contratuais, em especial as de consumo, pautadas no pressuposto da vulnerabilidade, exige-se não apenas o cumprimento dos deveres expressos no contrato. Busca-se que as partes tenham o resultado útil almejado, por indecência do princípio da boa-fé objetiva, na qual estão fundamentados os deveres de colaboração e de lealdade.

Nesse aspecto, Schreiber (2008, p. 5) esclarece que, diante da impossibilidade de uma regulação rígida de proteção aos direitos da personalidade, o legislador deve priorizar o componente finalístico em detrimento do aspecto estrutural dos comportamentos. Ao indicar parâmetros de ponderação entre os diversos interesses tutelados, o Poder Judiciário e as autoridades administrativas devem buscar um resultado que possibilite a concreta avaliação dos interesses colidentes.

Infelizmente o mau atendimento, em especial nos serviços públicos, ocorre de maneira sistemática, acarretando ao consumidor muitos transtornos na busca de solução dos problemas causados pela conduta desrespeitosa dos fornecedores. Segundo Marcos Dessaune (2019, p. 18) “um dos deveres legais do fornecedor é sanar os vícios que seus produtos e serviços apresentem e de reparar os danos que eles e eventuais práticas abusivas causem ao consumidor, de modo espontâneo, rápido e efetivo.”

Deste modo, ao consumidor deve ser preservada a autonomia em seu tempo vital, para escolher as atividades que deseja desempenhar de acordo com as suas prioridades, sem interferência indevida do fornecedor, resultante da prestação de serviços inadequados, inseguros ou ineficientes (VERBICARO;

QUARESMA, 2018, p. 49 - 50).

A harmonização dos interesses de consumidores e fornecedores é preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), sistema de proteção pautado em um conjunto de normas principiológicas, de forma a viabilizar o desenvolvimento da ordem econômica, amparada na boa-fé e no equilíbrio das relações de consumo (art. 4º, III, CDC).⁷

Para assegurar concretamente essa harmonia são necessários mecanismos para coibir e reprimir, de modo eficiente, os abusos praticados no mercado de consumo (art. 4º, VI, CDC).⁸ O não atendimento das demandas legítimas do consumidor, seja ao aguardar tempo desproporcional para a solução de um problema, seja forçando-o a ingressar com uma ação judicial não pode ser entendido como aborrecimento inevitável, de modo a isentar o fornecedor do cumprimento do dever de boa-fé.

Na sociedade capitalista, o mantra “*times is money*” é repetido sistematicamente, em especial no cenário das grandes corporações. O tempo é considerado um bem jurídico extremamente valioso para o fornecedor, por representar a chance de ganhos econômicos

7 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

8 Art. 4º (...) VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

significativos. Se é assim, por que não considerar também a sua relevância para o consumidor, na proteção de situações de caráter existencial?

Marques e Bergstein (2016, *online*) asseveram que:

Embora seja perceptível, de um lado, a conscientização de uma considerável parte dos membros do Poder Judiciário acerca da importância da valorização do tempo do consumidor, nota-se, de outro lado, a dificuldade de muitos em avançar para a cultura do dever de cuidado e cooperação com o consumidor também no que se refere ao tempo da prestação, das reclamações e do cumprimento com a garantia legal.

Marcos Dessaune (2019, p. 24), ao refletir sobre o dispêndio de tempo do consumidor em situações de descumprimento dos deveres contratuais por parte dos fornecedores, explicita uma “alteração prejudicial do seu cotidiano ou do seu projeto de vida e na instalação em sua vida de um período de inatividade existencial, o que configura a lesão ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora.”

É viável a adoção de medidas que visam educar e prevenir danos, seja antecipando os riscos, seja estimulando o agente a não exercer novamente certas atividades lesivas. André Menezes Del Mastro (2015, p. 775) reconhece que “a função punitiva da responsabilidade civil é um caminho de atuação da função preventiva, podendo-se falar de função punitivo-preventiva.”

Diante do cenário em que se torna comum a transferência dos custos produtivos e do risco da atividade em desfavor do consumidor, diante de decisões do Judiciário que vislumbram essas situações como “mero aborrecimento”, desconsiderando a

existência e a nocividade do dano temporal e afastando a aplicação das funções preventiva e pedagógica da indenização (VERBICARO; QUARESMA, 2018, p. 50). A perpetuação de condutas nocivas por parte dos fornecedores dificulta a concretização do equilíbrio nas relações de consumo.

A não responsabilização dos fornecedores pela violação do tempo do consumidor, segundo Marcos Dessaune (2019, p. 30) gera como consequências:

(...) o estímulo transmitido no mercado de que tais eventos danosos podem ser livremente gerados e proliferados pelos fornecedores; a banalização que a sociedade acaba conferindo a essas situações nocivas, o que deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado; o aumento gradual do nível de frustração, de irritação e de estresse do consumidor, que continua submetido cotidianamente a esses fatos lesivos mesmo não sendo legal nem materialmente responsável pela solução dos problemas que deram origem a eles; e o afastamento do consumidor da sua realização pessoal, o que impacta na felicidade que cada pessoa procura conquistar ao longo da vida.

Deste modo, a atuação do Poder Judiciário no enfrentamento dessas questões pode resultar no aspecto dissuasório, como estímulo à prevenção de danos. André Menezes Del Mastro (2015, p. 771) ressalta que “ao abordar a função preventiva, fala-se de risco de dano com a finalidade de se antecipar a eles, de gerenciar as possibilidades de algum prejuízo vir a ocorrer e de efetivar medidas que os evitem”.

A ideia de prevenção também foi tratada pelo enunciado 446 da Conselho de Justiça Federal (CJF), elaborado na V Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”.

A busca por efetividade de direitos essenciais do ser humano impõe a revitalização dos elementos da clássica responsabilidade civil, inclusive para colocar a vítima no centro das atenções e assegurar seus direitos (VENTURI, 2016, p.3).

Cada vez mais a ideia de prevenção se incorpora à rotina dos juristas, influenciada pelos anseios sociais que embasam a proteção integral da pessoa. Encontrar mecanismos que possibilitem a prevenção de danos não inviabiliza a utilização do modelo reparatório/compensatório, diante da tendência de multifuncionalidade da responsabilidade civil.

3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO E OS DANOS EXISTENCIAIS AO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor elenca uma série de direitos básicos, entre os quais a efetiva prevenção e reparação de danos e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (Art. 6º, VI e X do CDC). O rol de direitos não exclui outros decorrentes de diversos instrumentos entre os quais os princípios gerais do direito, a analogia, os costumes e a equidade (Art. 7º do CDC).

Apesar da imposição legal de prestar serviços é muito comum verificar que os fornecedores violam esse dever jurídico originário, o que leva a um acentuado desequilíbrio e coloca os consumidores em posição de desvantagem exagerada.

Verbicaro e Quaresma (2018, p. 53) ressaltam que a evolução normativa possibilitou a difusão, no mundo jurídico, de novas espécies de danos que decorrem de modalidades já consolidadas (patrimonial e extrapatrimonial) entre os quais estão o dano existencial e a perda de uma chance, dotados de certa autonomia.

É necessário considerar que os danos de índole extrapatrimonial atingem a essência da pessoa, cujas lesões são consideradas absolutamente irreversíveis em razão de afetar bens jurídicos não mensuráveis (VENTURI, 2016, p. 7). O dano ao tempo do consumidor se enquadra como dano extrapatrimonial, na modalidade dano existencial. Pelo seu caráter relacional, afeta a dimensão social do consumidor quanto às suas múltiplas relações (familiares, de trabalho, lazer etc.).

O dano existencial está inserido de modo expresso no ordenamento jurídico brasileiro, como figura distinta do dano moral. A Lei nº 13.467/2017⁹ prevê que a ação ou omissão que ofenda a esfera existencial da pessoa constitui dano de natureza extrapatrimonial, passível de reparação.

Gradativamente, doutrina e jurisprudência estão em busca de adaptar as regras da responsabilidade civil aos desafios dos novos tempos, baseada no princípio geral do *neminem laedere*, no dever de não lesar, de não causar prejuízo. Essa máxima não se restringe às hipóteses de responsabilidade extracontratual tendo em vista que, por determinação do princípio da boa-fé objetiva, se inserem também nas relações contratuais.¹⁰

9 “Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.” (Decreto 5.452/1943 - Consolidação das Leis do Trabalho)

10 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Lei nº 10.406/2002 – Código Civil)

Diante do reconhecimento de que a atuação lesiva dos fornecedores gera danos existenciais, Marcos Dessaune (2019, p. 29) elencou requisitos que possibilitam a responsabilização por desvio produtivo:

(1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) onexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo).

Para assegurar a adequada aplicação da teoria no âmbito dos tribunais, é necessário que se demonstre como a ação ou omissão do fornecedor resultou em violação do tempo do consumidor, de modo fique configurado onexo causal entre a conduta e a lesão.

Outro aspecto a ser ressaltado é a possibilidade de coexistência com o dano emergente e/ou o lucro cessante, que constituem espécies de dano patrimonial e cuja cumulação já se encontra pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça.¹¹

Bastos e Silva (2020, p. 22-23) advertem que o enquadramento da perda do tempo como modalidade de dano moral revela, na verdade, a tentativa de que os tribunais revejam a tese de mero

¹¹ Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

aborrecimento não indenizável, da mesma forma como ocorreu a mudança de entendimento sobre a negativação indevida do nome do consumidor, que agora passou a ser identificado como dano moral presumido (*in re ipsa*).

Para Marcos Dessaune (2019, p. 26) o desvio produtivo constitui a violação a um interesse existencial, lesão a atividade planejada ou desejada do consumidor que sofre uma alteração danosa inevitável. Nesse sentido, o autor enquadra a hipótese como dano extrapatrimonial, de índole existencial.

Parece inadequada a ideia de que, no âmbito da responsabilidade civil, permaneçam apenas as modalidades “dano material e dano moral”¹², tornando-se imprescindível a revisão das nomenclaturas utilizadas, bem como que se proceda à análise dos institutos sob a perspectiva funcional, no sentido de esclarecer qual a sua finalidade social.

Bastos e Silva (2020, p. 15) corroboram a tese de que o tempo das pessoas é considerado um bem jurídico (tutelado pelo ordenamento), mas questionam se esse desperdício do tempo seria passível de ressarcimento autônomo. Os autores refletem sobre as objeções à autonomização do dano pela perda do tempo, a exemplo do que já ocorreu com o dano estético (BASTOS; SILVA, 2020, p. 17).

Deste modo, revela-se importante avaliar as decisões proferidas pelos tribunais sobre o tema, inclusive para que se possa, por meio de uma análise sistemática, afastar as eventuais

12 Esses termos foram utilizados pela Constituição Federal de 1988, no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por *dano material, moral ou à imagem*; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo *dano material ou moral* decorrente de sua violação;” (grifamos)

impropriedades semânticas e promover maior segurança jurídica em sua aplicação.

4 FUNDAMENTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Embora a teoria desenvolvida por Marcos Dessaune, que defende a reparação pelo dano causado pelo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas decorrentes de práticas escusas do fornecedor, seja relativamente nova, os tribunais brasileiros e, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciaram a respeito.

O STJ tem aplicado a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor para assegurar a indenização por danos morais a consumidores pelo tempo perdido para resolver problemas causados pelos fornecedores.

Em 2018, no REsp 1.763.052/RJ (BRASIL, 2018), o ministro Moura Ribeiro, da 3ª Turma do STJ, conservou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que aplicou a teoria a um caso de cancelamento indevido de cartão de crédito. Quando a cliente tentou realizar uma compra foi surpreendida com a notícia de que seu cartão de crédito estava bloqueado. Ela tentou realizar o desbloqueio junto a empresa concessionária do cartão, no entanto, não obteve sucesso, tendo que acionar o Judiciário.

O Juízo de primeiro grau reconheceu o bloqueio indevido do cartão e determinou seu desbloqueio, no entanto, negou o pedido de dano moral. A empresa recorreu alegando a impossibilidade de desbloqueio, pois o cartão havia sido cancelado, então a corte fluminense entendeu pelo cabimento da indenização, afirmando

que se reconhece o desvio produtivo quando o fornecedor pratica ato ilícito e deixa de cumprir com seu papel, independentemente de culpa, ao impor um ônus injusto ao consumidor, agravando indevidamente seus recursos produtivos. Entretanto, o tribunal não condenou a empresa ao pagamento de indenização à cliente, porque, no caso em questão, ela não recorreu da sentença.

Outro caso julgado no mesmo ano foi o AREsp 1.167.382/SP (BRASIL, 2018), em que o ministro Paulo de Tarso Sanseverino manteve decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que aplicou a Teoria do Desvio Produtivo e condenou a Faculdade Anhanguera Educacional LTDA a indenizar um consumidor no valor de R\$ 15.000,00. O estudante concluiu um curso superior, todavia não recebeu o diploma, tendo sido impedido de assumir um emprego na área de sua formação.

O TJ-SP reconheceu a falha na prestação de serviço e considerou que a conduta contratual da Faculdade e a frustração em desfavor do cliente infringem elemento que compõe a moral humana, constituindo, portanto, desvio produtivo do consumidor que deve ser indenizado. Em outro caso semelhante (AREsp 1.167.245/SP), o ministro Francisco Falcão também manteve decisão do TJ-SP que havia condenado outra instituição de ensino pela demora em entregar o diploma a um estudante.

O STJ também manteve o acórdão do TJ-SP que aplicou o desvio produtivo no caso de uma seguradora que não fez a transferência de veículo sinistrado nos seguintes termos:

No caso concreto, as sucessivas cobranças em nome do autor, por conta da negligência da requerida na transferência do automóvel para o seu nome deu ensejo à indenização moral - aplica-se, aqui, a teoria do desvio produtivo do consumidor, mas, também,

a violação de sua imagem e honra, consideradas as sucessivas cobranças indevidas que recaíram sobre seu nome.

O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem. A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral (BRASIL, AREsp 1.274.334/SP, 2018).

Após receber diversas multas indevidas por conta da inação da seguradora na transferência do veículo, o ex-proprietário pediu que fosse indenizado pela empresa, tendo sido atendido pelos tribunais com base na Teoria do Desvio Produtivo.

Esta teoria foi, outrossim, aplicada pelo TJ-SP e mantida pelo STJ, em um caso envolvendo o cancelamento de matrícula de uma estudante. No AREsp 1.271.452/SP, a consumidora foi aprovada no vestibular e fez sua matrícula, afirmando que não havia concluído o ensino médio, e, portanto, não podia apresentar o comprovante de conclusão do mesmo. Dessa forma, ficou de entregar o documento posteriormente. Ela fez a matrícula e cursou o primeiro semestre da Faculdade, no entanto, no segundo semestre, a Faculdade cancelou a matrícula da aluna, por ela não ter apresentado o documento no prazo previsto.

A corte paulista condenou a Faculdade pela demora em analisar o caso da consumidora, entendendo que o tempo de três meses para tomar uma atitude demonstrou falta de organização institucional capaz de ensejar o dever de indenizar pela frustração e insegurança causadas e que a conduta e a decepção em desfavor da estudante viola elemento integrante da moral humana, o que constitui dano indenizável pelo desvio produtivo do consumidor.

A teoria também tem sido aplicada em situações de danos coletivos. A Terceira Turma do STJ, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1737412/SE (BRASIL, 2019), condenou uma instituição financeira por considerar injusta e intolerável a ofensa a valores essenciais da sociedade. O STJ, no âmbito dessa ação coletiva de consumo, reforçou as funções punitiva, repressiva e redistributiva da decisão e entendeu que “eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.”

Na decisão, os ministros também ponderaram que

O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor.

Diante das decisões apresentadas, observa-se a tendência de reconhecimento da função preventiva da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo no que tange ao desvio produtivo. A prestação adequada dos serviços por parte dos fornecedores configura dever legal, cuja violação acarreta o dever de indenizar, não apenas nas relações individuais, mas, sobretudo quando essas lesões ofendem a coletividade de consumidores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o tempo é considerado um bem jurídico precioso na sociedade contemporânea e que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor contibui um instrumento ímpar de proteção mais efetiva dos consumidores contra abusos dos maus fornecedores.

Os julgados analisados consideram os diversos transtornos sofridos pelo consumidor. É necessário apurar o cometimento das práticas lesivas, especialmente as que se referem às falhas na prestação de serviços e a demora para resolvê-las, acarretando desperdício de tempo de forma desnecessária para o cliente, como por exemplo acontece nos atendimentos dos SAC's. Assim, torna-se imprescindível o reconhecimento e a responsabilização nas hipóteses em que a ação ou omissão do fornecedor em solucionar as demandas legítimas causem danos configurando injusta lesão ao tempo do consumidor.

Nesse sentido, a responsabilidade civil prevista no CDC, que estabelece as formas de prevenção e reparação de danos causados ao consumidor, sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo, deve ser observada e efetivamente aplicada para sua proteção. Portanto, existindo a conduta ilícita, o nexo de causalidade e o dano efetivo ou potencialidade lesiva, aplica-se a responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa, quando houver desvio do tempo produtivo.

É necessário, portanto, compreender o exato fundamento das decisões que aplicam a teoria do desvio produtivo do consumidor, considerando que a distinção entre dano moral e danos existencial pode interferir não apenas no contexto probatório, mas também no montante da indenização a ser arbitrada pelo juiz.

Pela análise da jurisprudência do STJ, fica clara a aplicabilidade prática da teoria do desvio produtivo do consumidor no direito brasileiro quando houver a perda do tempo produtivo do consumidor, culminando na condenação do ator da lesão, servindo como forma de prevenir e de reprender esses atos prejudiciais do fornecedor, por serem totalmente contrários ao direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. **A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such***. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/a-busca-pela-autonomia-do-dano/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. Lei n.10.406 de 1º de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

_____. **STJ --Resp: 1737412 SE** 2017/0067071-8, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJe 08/02/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700670718&dt_publicacao=08/02/2019. Acesso em: 12 nov. 2020.

_____. **STJ - REsp: 1763052 RJ** 2018/0222077-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Publicação: DJ 27/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631071926/recurso-especial-resp-1763052-rj-2018-0222077-1/decisao-monocratica-631071949>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. **STJ - AREsp: 1167382 SP** 2017/0228499-0, Relator:

Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 17/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626332654/agravo-em-recurso-especial-aresp-1167382-sp-2017-0228499-0/decisao-monocratica-626332701>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. **STJ - AREsp: 1167245 SP** 2017/0227964-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: DJ 17/05/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/582989618/agravo-em-recurso-especial-aresp-1167245-sp-2017-0227964-1>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. **STJ - AREsp: 1274334 SP** 2018/0078610-7, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Publicação: DJ 27/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617979716/agravo-em-recurso-especial-aresp-1274334-sp-2018-0078610-7/decisao-monocratica-617979754>. Acesso em: 11 nov. 2020.

_____. **STJ - AREsp: 1271452 SP** 2018/0073676-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 20/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/614897851/agravo-em-recurso-especial-aresp-1271452-sp-2018-0073676-7/decisao-monocratica-614897862>. Acesso em: 11 nov. 2020.

DESSAUNE, Marcos. **TEORIA APROFUNDADA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR: um panorama.** Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 17 - n. 1, p. 15-31, 1º sem. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/volume17_numero1_15.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. **A indenização por desvio produtivo como política pública de otimização dos serviços públicos.** Revista

Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 05, n. 02, p. 158-172, abr./jun., 2020. Disponível em: Acesso em: 11 nov. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. **Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/garantias-consumo-menosprezo-planejadodeveres-legais-pelas-empresas-leva-indenizacao>. Acesso em: 11 nov. 2020.

MASTRO, André Menezes Del. **A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/os_direitos_da_personalidade_e_o_codigo_civil_de_2002.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio; AUGUSTO, Leonardo Silva. **O dever de indenizar o tempo desperdiçado (Desvio Produtivo)**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 110 p. 177 - 209 jan./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115490>. Acesso em: 09 nov. 2020.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **A responsabilidade civil como instrumento de tutela e efetividade dos direitos da pessoa**. Civilistica.com. a. 5. n. 2. 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/271>. Acesso em: 09 nov. 2020.

VERBICARO, Denis; PAES, Eliana Magno Gomes. **A sociedade pós-moderna e o valor jurídico do tempo: as incongruências de tratamento do tempo pelo fornecedor e o dano temporal causado ao consumidor**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 13, Nº 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/159/215>. Acesso

em: 06 nov. 2020.

VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. **O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE). ISSN 2318-5732 – vol. 7, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/378>. Acesso em: 10 nov. 2020.

WERNER, José Guilherme Vasi. **Para cuidar do tempo produtivo do consumidor.** Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 16 - n. 2, p. 255-263, 2º sem. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume16_numero2/volume16_numero2_255.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

ISBN: 978-65-5904-106-0



9 786559 041060