

# Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 202

Brasília | abril - junho/2014

Ano 51

SENADO FEDERAL





# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros

**PRESIDENTE**

Senador Jorge Viana

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Romero Jucá

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Flexa Ribeiro

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senadora Ângela Portela

**SEGUNDA-SECRETÁRIA**

Senador Ciro Nogueira

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador João Vicente Claudino

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTE DE SECRETÁRIO**

Senador Magno Malta

Senador Jayme Campos

Senador João Durval

Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 51 | nº 202  
abril/junho – 2014



#### FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETOR-GERAL: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. REVISÃO DE ORIGINALS: Thiago Adjuto e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Vanessa Pacheco. REVISÃO DE PROVAS: Larissa Fernandes, Stella Tavares e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Angelina Almeida e Letícia Torres. PROJETO GRÁFICO E CAPA: Lucas Santos de Oliveira. FOTO DA CAPA: Regina Lucia de Sousa Rodrigues.

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Antonio José Barbosa – Ana Carla Bliacheriene – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezzo Pereira Filho – Bruno Dantas – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Santinoni Vera – Guilherme Adolfo Mendes – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Nuno M. M. Coelho – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Paulo Lopo Saraiva – Pedro Braga – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

Publicação trimestral da  
Coordenação de Edições Técnicas  
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes  
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579  
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

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

# Sumário

- 7 **Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro**  
Vladimir da Rocha França
- 31 **Possíveis formas de extinção do manifesto de mina  
Caducidade ou desapropriação?**  
André Saddy
- 43 ***Recall*, democracia direta e estabilidade institucional**  
Raphael Ramos Monteiro de Souza  
José Ribas Vieira
- 59 **Violência de gênero  
Tipificar ou não o feminicídio/femicídio?**  
Luciana Maibashi Gebrim  
Paulo César Corrêa Borges
- 77 **Construindo o saber legislativo  
A experiência do mestrado profissional da Câmara dos Deputados**  
Ricardo de João Braga  
André Sathler Guimarães  
Roberto Campos da Rocha Miranda
- 93 **Perspectivas para o exercício da cidadania  
Como a utilização de assinaturas digitais para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular pode contribuir para a democracia?**  
Valéria Ribas do Nascimento  
Danielli Gadenz  
Letícia Almeida de la Rue
- 115 **A tensão entre o direito à informação e o direito à privacidade e o acesso aos arquivos sensíveis**  
Igor Chagas de Carvalho
- 131 **O Estado na promoção da igualdade material  
A constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF**  
José Luiz de Almeida Simão  
Thiago Rodvalho

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 145 **O povo como guardião da Constituição**  
Estudo sobre a legitimidade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira  
Fausto Siqueira Gaia
- 159 **Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade**  
Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil  
José dos Santos Carvalho Filho
- 181 **O direito à saúde revisitado**  
Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual  
Thalita Moraes Lima
- 203 **O paradigma racista da política de imigração brasileira e os debates sobre a “Questão Chinesa” nos primeiros anos da República**  
Rafael Figueiredo Fulgêncio
- 223 **O regulamento autônomo e seu papel na organização da Administração Pública Federal**  
Igor Luiz Ebihara Barbosa

#### **Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal**

- 251 **Conceito e função econômica da empresa**  
Leonardo Garcia Barbosa

# Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

## Sumário

1. Introdução. 2. Notas sobre o princípio do Estado Democrático de Direito. 3. Princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo brasileiro. 4. O conceito jurídico de regulação. 5. Competências regulatórias da Administração Pública. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

No sistema do Direito Positivo brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5 de outubro de 1988, serve como fundamento de validade de todas as normas jurídicas que compõem tal ordem jurídica.

Ao se examiná-la, verifica-se que ela adotou o modelo de Estado Democrático Social de Direito, no qual se legitima a intervenção estatal na ordem econômica e na ordem social para a concretização das diretrizes de justiça social constantes da CRFB (MELLO, 2009, 2010; BONAVIDES, 2002; CASTRO, 2003; GRAU, 2002; SILVA, 2002).<sup>1</sup>

Por outro lado, a CRFB consagra a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa como fundamentos da República<sup>2</sup>, e reconhece às pessoas naturais e às pessoas jurídicas de direito privado<sup>3</sup>, um conjunto de direitos

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado I do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Consultor-Geral Adjunto do Estado do Rio Grande do Norte

<sup>1</sup> Vide arts. 1º, *caput*, e IV; 3º; 170, *caput*; e 193 – todos da CRFB.

<sup>2</sup> Vide art. 1º, III e IV, da CRFB.

<sup>3</sup> Doravante, para se referir a ambas, sem ressalvas, emprega-se a expressão *pessoa privada*. Também se valerá da palavra *administrado* para esse sentido, quando julgado conveniente e oportuno.

fundamentais individuais<sup>4</sup> que delimita a ação estatal quando no exercício daqueles escopos socioeconômicos (DIMOULIS; MARTINS, 2007; FERREIRA FILHO, 1995; REALE, 1998).

Na CRFB, notadamente em face da adoção do sistema presidencialista de governo, cabe ao Poder Executivo o papel preponderante na proposição e na execução de políticas públicas socioeconômicas (BUCCI, 2002; MORAES, 2004). Ainda que se reserve à lei a instituição dessas políticas<sup>5</sup>, a iniciativa legislativa cabe ao chefe do Poder Executivo e sua materialização, à Administração Pública<sup>6</sup>.

É notório que as políticas públicas dificilmente deixam de atingir os direitos fundamentais individuais. Assim, a CRFB estabelece a *legalidade* como garantia fundamental dos administrados em face do Estado. Determina-se, em seu art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse quadro, há uma tensão entre a legalidade e as demandas socioeconômicas pela expansão das competências<sup>7</sup> normativas da Administração Pública. De um lado, reivindica-se que a intervenção estatal nos direitos fundamentais individuais somente seja admitida se houver base legal; do outro, que essa intervenção seja ágil e possa adequar-se às intensas transformações socioeconômicas e tecnológicas

que influenciam as metas constitucionais de justiça social.

Atualmente, quer-se outorgar à Administração Pública competências normativas que lhe permitam agir com eficiência e celeridade, ainda que ela, desse modo, acabe dispondo sobre a liberdade individual e a propriedade privada. Ou, até mesmo, instituir entes administrativos dotados de autonomia perante o chefe do Poder Executivo, de modo a garantir-lhes certo grau de imunização às pressões político-partidárias comuns à democracia.

O objetivo do presente trabalho é investigar a relação entre o princípio da legalidade e a outorga de competências administrativas destinadas à efetivação de políticas públicas no domínio econômico e no domínio social, no contexto do sistema do Direito positivo brasileiro. Para tanto, emprega-se a metodologia preconizada pela Dogmática Jurídica (KELSEN, 1991, 1992; VILANOVA, 1997, 2000).

## 2. Notas sobre o princípio do Estado Democrático de Direito

No art. 1º, *caput*, da CRFB, determina-se que o Estado brasileiro é um “Estado democrático de Direito”.

O princípio do Estado Democrático de Direito determina que nenhuma competência estatal exista e seja válida sem prévia norma jurídica, bem como que o exercício do poder estatal deve ser feito em conformidade com ela. Assim, ele se apresenta como *juridicidade*.

A juridicidade abrange a *constitucionalidade*, ou seja, a sujeição do Estado à CRFB<sup>8</sup> – sem prejuízo, do respeito que o Estado deve ter em relação às normas que ele mesmo expede

<sup>4</sup> Vide art. 5º da CRFB.

<sup>5</sup> Vide arts. 48; 61, *caput*, e § 1º; 84, XXIII; 165; e 174, *caput*, e § 1º – todos da CRFB.

<sup>6</sup> Vide arts. 37; 84; e 87 – todos da CRFB.

<sup>7</sup> Como dito em trabalho anterior: “A *competência* nasce (...) em uma regra jurídica geral, sendo reconhecida a todo aquele que preencha as condições de sua outorga, no bojo de um ato jurídico individual. Quando este se aperfeiçoa, o titular da competência passa ter o direito de exercê-la, devendo as demais pessoas se submeter aos efeitos jurídicos gerados pelo desenvolvimento desse poder em suas respectivas esferas de direito. Na competência não há referência a um bem jurídico específico, mas a uma classe de bens jurídicos” (FRANÇA, 2007, p. 41).

<sup>8</sup> Recorde-se que o Estado nem precede nem sucede a Constituição, mas nasce com a entrada em vigor desse complexo de normas jurídicas (KELSEN, 1991, 1992).

no sistema do Direito Positivo, no exercício das suas funções jurídicas: (i) a função legislativa<sup>9</sup>; (ii) a função administrativa<sup>10</sup>; e, (iii) a função jurisdicional<sup>11</sup>.

Diz-se *democrático* o Estado de Direito instituído pela CRFB, para negar que a juridicidade seja meramente formal (REALE, 1998; ROCHA, 1994). O respeito a esse princípio pressupõe a observância, pelo Estado, das diretrizes de justiça social presentes no texto constitucional, bem como dos direitos e garantias fundamentais que dão amparo axiológico ao próprio sistema do Direito positivo (REALE, 1998; ROCHA, 1994). Um dos desdobramentos expressos do princípio do Estado Democrático de Direito é o *princípio da legalidade administrativa*.

### 3. Princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo brasileiro

Enuncia-se no art. 5º, II, da CRFB, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*” (grifo nosso). No art. 37, *caput*<sup>12</sup>, determina-se que a Administração Pública deverá obedecer, entre outros, ao princípio da legalidade. Mais adiante, em seu art. 170, parágrafo único, a CRFB assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em *lei*.

A rigor, no sistema do Direito Positivo brasileiro *lei* compreende um dos atos jurídicos constantes do art. 59<sup>13</sup> da CRFB. Ao conjugá-lo com os

---

<sup>9</sup> A função legislativa é atividade de expedição de normas que inovam primária e originariamente o sistema do Direito positivo, realizada por órgãos do Estado designados pela Constituição, sem prejuízo da observância às normas constitucionais (FRANÇA, 2005, 2007).

<sup>10</sup> Constitui a atividade do Estado de expedição de normas complementares à lei (ou à própria Constituição), exercida pelo Estado (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas públicas), sujeitas ao controle jurisdicional e voltadas à harmonização do interesse público com os direitos fundamentais. Reforma-se, assim, conceito anteriormente proposto, que vinculava a função administrativa apenas à concretização do interesse público (FRANÇA, 2005, 2007). Deve-se tal revisão ao destaque que os direitos fundamentais têm no Direito Administrativo (BINENBOJM, 2006; JUSTEN FILHO, 2012). Mas não se pode relevar o papel do interesse público numa sociedade fundada num Estado Democrático Social de Direito (MELLO, 2010; DI PIETRO, 2013). O conjunto de normas jurídicas que disciplinam a função administrativa constitui o *regime jurídico-administrativo* (MELLO, 2010; FRANÇA, 2005, 2007).

<sup>11</sup> Compreende, por sua vez, a atividade de expedição de normas subsidiárias à lei (ou à própria Constituição), exercida pelos órgãos independentes e imparciais do Estado, vinculados ao Poder Judiciário, destinados à resolução de conflitos em caráter definitivo (FRANÇA, 2005, 2007).

<sup>12</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”.

<sup>13</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares;

preceitos constitucionais que regem o processo legislativo<sup>14</sup>, observa-se que a lei ordinária é o instrumento adequado para dispor sobre os deveres das pessoas privadas<sup>15</sup> sem prejuízo, evidentemente, das exceções que a CRFB estabelece para tal regra.<sup>16</sup>

Ao tratar das competências do Presidente da República, o art. 84, IV, da CRFB, confere-lhe a atribuição para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir *decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (grifo nosso). Por sua vez, os Ministros de Estado têm a competência para, além de outras atribuições constitucionais e legais, expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.<sup>17</sup>

O princípio da legalidade administrativa determina, portanto, que os administrados somente poderão ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) junto à Administração Pública, sem seu consentimento, caso lei adequada assim o determine.

Do ponto de vista da lógica jurídica (CARVALHO, 1999; FRANÇA, 2007; VILANOVA, 1997, 2000), a norma definidora de dever jurídico do administrado, em sua integralidade, tem a seguinte composição: (i) norma primária dispositiva, cujo antecedente normativo prevê um evento de possível ocorrência na realidade e, no consequente normativo; estabelece-se uma relação jurídica na qual a conduta do administrado é qualificada como obrigatória ou proibida perante a Administração Pública; (ii) norma primária sancionadora, que prevê em seu antecedente o evento do descumprimento do dever jurídico instituído pela referida norma primária

---

III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

<sup>14</sup> Vide arts. 60 a 69 da CRFB.

<sup>15</sup> Vide especialmente o disposto no art. 48, *caput*, da CRFB: “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre”. E, também, o previsto no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie. § 1º Os decretos-lei em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-lei ali mencionados serão considerados rejeitados; III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-lei, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos deles remanescentes. § 2º Os decretos-lei editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da Constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

<sup>16</sup> Vide arts. 62 e 69 da CRFB.

<sup>17</sup> Vide art. 87, parágrafo único, II, da CRFB.

dispositiva e, no conseqüente, prescreve-se a restrição a um bem jurídico do administrado, ou a retirada de ato jurídico ou norma jurídica do sistema do Direito positivo; (iii) norma secundária, que tem em seu antecedente a inobservância do dever jurídico do administrado e, no conseqüente, assegura-se a tutela jurisdicional à Administração Pública – ou mesmo a possibilidade de esta atuar diretamente sem intervenção do Poder Judiciário – para superar a controvérsia em torno do cumprimento daquele dever, ou a mesmo para viabilizar a execução da sanção prevista na norma primária sancionadora.

A rigor, interessam ao estudo da legalidade administrativa as normas primárias que tratam do dever jurídico do administrado e da correspondente sanção, bem como a norma secundária que garante à Administração Pública o poder de superar a controvérsia ou de executar a sanção sem intervenção jurisdicional. Mas, por questões metodológicas, tratar-se-á apenas da norma primária dispositiva que institui o dever jurídico do administrado, ou seja, a *regra matriz do dever jurídico do administrado*.<sup>18</sup> Mesmo assim, as considerações feitas a essa norma serão plenamente aplicáveis às demais.

Quando se diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – à luz da lógica jurídica –, determina-se que as proposições jurídicas necessárias para a composição da referida regra matriz devem ser veiculadas por *lei*. Destarte, para a instituição do dever jurídico do administrado, demanda-se que as proposições que comporão os aspectos da regra matriz do dever do administrado devem ser originárias de lei.

Na hipótese normativa dessa regra matriz, há a descrição de um fato – natural ou huma-

no – de possível ocorrência na realidade, com a indicação de suas coordenadas de espaço e tempo. Pelos princípios da razoabilidade e da igualdade, deve-se guardar uma relação de pertinência entre o fato hipotético e o administrado, sob pena de se instituir um dever jurídico arbitrário.<sup>19</sup>

As proposições legais usadas para tanto podem compreender *conceitos jurídicos indeterminados*<sup>20</sup>, fazendo com que a identificação do fato tipificado na realidade fique sujeita a um juízo mais amplo de juridicidade da Administração Pública no momento da incidência e aplicação da referida norma (FRANÇA, 2000, 2007). Pode, conforme o caso concreto, até mesmo dar espaço para o juízo de oportunidade da autoridade administrativa e, portanto, à discricionariedade (MELLO, 1992; FRANÇA, 2007).

Nesse caso, não há ofensa à legalidade administrativa, justamente porque se reconhece a insuficiência de uma tipificação cerrada para assegurar sua própria permanência e atualidade da lei em face das contínuas transformações socioeconômicas e técnico-científicas. Ademais, essas mudanças frequentemente exigem a ação administrativa em prol do interesse público e da preservação dos direitos fundamentais dos administrados.

<sup>19</sup> Sobre o princípio da razoabilidade, consultar Mello (2010) e França (2000, 2007). Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

<sup>20</sup> Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos cuja definição padece de fluidez. Essa fluidez pode residir na dúvida quanto ao volume de elementos que podem ser abarcados pelo conceito – vaguidade – ou, na controvérsia quanto aos critérios que devem ser usados para enquadrar o elemento no conceito – ambigüidade. Eles podem ser classificados em conceitos empíricos ou conceitos axiológicos. Os conceitos empíricos são aqueles cuja identificação pressupõe a experiência no caso concreto, seja ela conduzida pelo senso comum, seja ela orientada por padrões técnico-científicos (poluição, por exemplo). Em contrapartida, os conceitos axiológicos exigem, para sua compreensão, uma abordagem comprometida com a imputação de um valor positivo ou negativo a uma conduta, segundo padrões éticos (má fé, por exemplo). Sobre a matéria, consultar Mello (1992) e França (2000).

<sup>18</sup> Toma-se, por empréstimo, a expressão cunhada por Carvalho (1999) para a norma primária dispositiva que prescreve a obrigação tributária.

Também pode haver espaço para discricionariedade, no plano da hipótese normativa, quando exige para a incidência que a Administração Pública entenda conveniente e oportuna a aplicação da regra matriz no caso concreto. Assim, o fato jurídico que enseja o dever jurídico do administrado somente se configurará caso a Administração Pública *resolva* pela necessidade de tal dever, diante do interesse público.

No conseqüente normativo da regra matriz, por sua vez, prescreve-se uma relação jurídica entre a Administração Pública e o administrado. Este é o sujeito passivo e, portanto, é obrigado a fazer (ou proibido de não fazer) ou proibido de fazer (ou obrigado a não fazer) algo perante aquela. Logo, a Administração Pública é o sujeito ativo e tem a prerrogativa de exigir do administrado que realize tal conduta, caso haja a concretização do fato descrito na hipótese normativa.

Cabe à lei estabelecer as proposições que servirão para identificar os sujeitos ativo e passivo diante da incidência da regra matriz do dever jurídico do administrado. Trata-se de uma injunção da legalidade administrativa. Mas ao fazê-lo, o princípio federativo<sup>21</sup> (em relação ao sujeito ativo) e o princípio da igualdade<sup>22</sup> (quanto ao sujeito passivo), deverão ser fielmente observados.

Como em toda relação jurídica, é crucial que a conduta qualificada como obrigatória ou proibida – a *prestação* – seja delineada com um grau de densidade mínimo para que possa ser exigível. Do contrário, a própria incidência da regra matriz fica decisivamente comprometida. Afinal, há a incidência quando o fato, descrito na hipótese normativa, ocorre na realidade e, *simultaneamente*, eclode a relação jurídica

prescrita no conseqüente normativo (VILANOVA, 2000).

As proposições legais podem desenhar a prestação de modo exaustivo, sem deixar espaço para a discricionariedade administrativa.<sup>23</sup> Em tese, é possível que a intensidade ou a extensão da prestação fique submetida ao juízo de oportunidade da Administração Pública. Mas essa situação deve ser ponderada com a devida cautela, conforme a natureza da prestação e do vínculo do administrado com o Estado no contexto descrito na hipótese normativa.

A legalidade administrativa pode ser vista como uma garantia fundamental do administrado que se destina à proteção de seus demais direitos fundamentais individuais (FERREIRA FILHO, 1995). Mas sua robustez pressupõe que um grau mínimo de densidade normativa da lei, para prevenir que a Administração Pública acabe por delinear integralmente a esfera de direitos dos administrados (CAVALCANTI, 2009).

Em face disso, à luz do direito fundamental de liberdade, o administrado tem a permissão de fazer e de não fazer algo, quando a lei não estatui qualquer obrigação ou proibição em torno dessa conduta. Em contrapartida, ainda sob o prisma do direito fundamental de liberdade, a Administração Pública somente tem legitimidade para fazer aquilo que a lei lhe permitir, ainda que essa permissão simplesmente decorra de obrigação ou proibição que a lei lhe imponha.

Daí se dizer que a legalidade administrativa não é apenas negativa, mas sim positiva (CASTRO, 2003; CORREIA, 1987). Em face do fenômeno da discricionariedade administrativa

<sup>21</sup> Vide arts. 1º, 18, 25 e 30 – todos da CRFB.

<sup>22</sup> Vide arts. 5º, *caput*, e I; e 37, *caput* – ambos da CRFB. Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

<sup>23</sup> Na tributação, por exemplo, essa modalidade de delineamento normativo é vista como imperativa pela doutrina tributarista (CARRAZZA, 2008; CARVALHO, 2008). Mas há quem entenda que essa concepção seria incompatível com o modelo constitucional brasileiro de Estado de Direito (TORRES, 2009).

e do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados, essa legalidade positiva não é sempre exaustiva, como já visto. Quando se diz, portanto, que na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza (MEIRELLES, 2001), deve-se ponderar que essa autorização pode ser expressa ou implícita, conforme o modo de atuação do legislador na disciplina da atividade administrativa do Estado.

Contudo, em se tratando de autorização implícita do atuar administrativo, é imperativo que a lei estabeleça os postulados que deverão ser seguidos pela Administração Pública (CAVALCANTI, 2009). A norma que outorga a competência administrativa não é um cheque em branco (TÁCITO, 1997).

## 4. O conceito jurídico de regulação

### 4.1. Premissas

O termo *regulação* tem-se inserido com mais intensidade no discurso doutrinário brasileiro a partir das reformas constitucionais dos anos 1990<sup>24</sup>, as quais ensejaram o surgimento das *agências reguladoras* (ARAGÃO, 2003; MELLO, 2010; DI PIETRO, 2008; FIGUEIREDO, 2005; JUSTEN FILHO, 2002; MARQUES NETO, 2000, 2002, 2005; MARTINS, 2011; MAZZA, 2005; MOREIRA NETO, 2000, 2003; SUNDFELD, 2000).

Os conceitos são relevantes para a Dogmática Jurídica já que se prestam à identificação das normas jurídicas (KELSEN, 1991, 1992). Portanto, os conceitos da Dogmática Jurídica somente são verdadeiros na medida em que viabilizem a descrição do sistema do Direito positivo (VILANOVA, 1997). Assim, todo e qualquer esforço na apresentação de

---

<sup>24</sup> Vide ECs nºs 6/1995, 8/1995, 9/1995, 19/1998 e 20/1998. Embora elas tenham sido tachadas como *neoliberais* (MELLO, 2010; CASTRO, 2003; MAZZA, 2005; MARTINS, 2011), ou mesmo como provas da superação do modelo clássico de Estado Social de Direito (TORRES, 2009), dificilmente elas satisfariam plenamente os defensores de um modelo liberal de Estado (HAYEK, 1978; HAYEK, 1994; MISES, 2009, 2010). O Estado brasileiro não deixou de ser intervencionista ou voltado para as metas constitucionais de justiça social com essas modificações constitucionais, pois: (i) a CRFB tem em seu lastro o ideal de bem-estar social que se consolidou após a Segunda Guerra Mundial e tais reformas não o descaracterizaram; e, (ii) a ampliação da participação dos administrados na prestação de serviços públicos e os monopólios federais, bem como a privatização de empresas estatais, não retiraram do Estado as suas prerrogativas de autoridade. Na verdade, haveria sim uma reforma liberal (ou neoliberal, caso se prefira), se a CRFB tivesse sido reformada de modo a eliminar a titularidade jurídica do Estado sobre as atividades hoje classificadas como serviços públicos ou monopólios federais, deixando-as integralmente para a iniciativa privada. E, mesmo assim, essa providência padeceria de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que a justiça social integra e forma a própria identidade da CRFB e, por conseguinte, de todo sistema do Direito positivo. Como mostra Reale (1998), a CRFB transita entre os campos do social-liberalismo e da social-democracia, sendo avessa aos modelos político-econômicos preconizados pelo liberalismo e pelo totalitarismo (comunismo, fascismo e nacional-socialismo).

um conceito *jurídico* de regulação para a Dogmática Jurídica que tenha por objeto o sistema do Direito positivo brasileiro pressupõe o exame desse sistema normativo.

O art. 174, *caput*, da CRFB, prescreve que, “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Em dois dispositivos constitucionais – o art. 21, XI<sup>25</sup>, e o art. 177, § 2º, III<sup>26</sup>, – há referências a órgão regulador para o setor das telecomunicações e para o setor do petróleo e gás natural. Também não se deve perder de vista o disposto no art. 173, § 4º, da CRFB.<sup>27</sup>

Em primeiro lugar, a expressão “agente normativo e regulador” não deve induzir à ideia de que a função normativa – a expedição de normas gerais – deve ser integralmente afastada do rol de competências associadas à regulação, pelo simples fato de ela constar do texto constitucional. O preceito hermenêutico clássico de que não há palavras inúteis no texto constitucional ignora por completo que os seus redatores não tinham o dever de ter formação profissional ou científica específica, tal como os legisladores não o têm hoje em dia (CARVALHO, 1999). Se há redundâncias, elas não deixam de serem redundâncias malgrado identificadas nos textos normativos.

Também não deve impressionar o fato de que *regulador* se encontra empregado nos referidos dispositivos constitucionais e, ao mesmo tempo, ausente nos enunciados da CRFB que cuidam da *ordem social*.

## 4.2. Panorama doutrinário sobre o conceito jurídico de regulação

Existem tentativas doutrinárias de conceituação de regulação com base na Economia.<sup>28</sup> Nesse sentido, a regulação é vista como uma modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico, que seria alternativa à atuação do Estado como empresário, à regulamentação e ao planejamento

---

<sup>25</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um *órgão regulador* e outros aspectos institucionais” (grifo nosso).

<sup>26</sup> Esse enunciado constitucional tem a seguinte redação: “§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”.

<sup>27</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

<sup>28</sup> Para uma visão econômica sobre o fenômeno da regulação, consultar Baldwin, Cave e Lodge (2012). Para o exame do modelo liberal de regulação, consultar Hayek (1978, 1994) e Mises (2009, 2010).

(SOUZA, 1999). Haveria uma distinção entre regulação e regulamentação: (i) na regulação, o Estado atuaria como mediador entre público e o privado e promotor do desenvolvimento econômico, em prol do interesse público, sem a substituição da iniciativa privada por empresas estatais; em contrapartida, (ii) a regulamentação abrangeria uma atuação mais exaustiva do Estado, voltada a uma disciplina mais densa das atividades econômicas (SOUZA, 1999).

Nesse contexto, o art. 174, *caput*, da CRFB conferiria ao Estado as competências de regulação, regulamentação e planejamento<sup>29</sup>, sendo tais prerrogativas instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico (SOUZA, 1999).

ARAGÃO (2003) vincula a regulação à Economia e identifica três poderes que lhe seriam inerentes: (i) o poder de editar a regra; (ii) o poder de assegurar a aplicação de tal regra; e, (iii) o poder de reprimir as infrações.

A regulação da Economia, segundo ARAGÃO (2003), pode assumir uma dessas modalidades: (i) a regulação estatal, feita pelos órgãos do próprio Estado, ainda que com a participação de representantes de entidades da sociedade; (ii) a regulação pública não-estatal, realizada por entidades da própria sociedade, por delegação ou por incorporação de suas normas ao ordenamento jurídico estatal; (iii) a autorregulação, efetivada autonomamente por instituições privadas, geralmente de cunho associativo, sem delegação ou chancela do Estado; e, (iv) a desregulação, a ausência de qualquer regulação institucional, pública ou privada, ficando os agentes econômicos sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.

<sup>29</sup>Nessa abordagem doutrinária, o planejamento é visto como ato político da intervenção, que enseja a conversão do plano em lei. No plano, por sua vez, “estão inseridos os elementos que definem a situação econômica e indicam medidas para que possam ser atingidos os ‘objetivos’ considerados convenientes pelos seus elaboradores” (SOUZA, 1999, p. 378).

Com efeito, propõe a regulação estatal da Economia como:

“o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis” (ARAGÃO, 2003, p. 37).

Para Grau (2002), a regulação compreende as competências constantes do art. 174 da CRFB e incide sobre toda a atividade econômica.<sup>30</sup> Quando exercida sobre a atividade econômica em sentido estrito, cuidaria da intervenção sobre o domínio econômico mediante a expedição de normas de direção ou de indução.<sup>31</sup>

Segundo Cavalcanti (1997), a regulação representa a intervenção do Estado na ordem econômica pelo exercício do poder de polícia, voltado à concretização dos princípios constitucionais do art. 170 da CRFB.

Consoante Carvalho Filho (2012), o art. 174, *caput*, da CRFB, prevê a atuação do Estado no domínio econômico como *Estado Regulador*.<sup>32</sup>

<sup>30</sup>Recorde-se que Grau (2002) identifica, ao contrário de Mello (2010), a atividade econômica como gênero que compreende a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público como espécies. A atividade econômica em sentido estrito seria de titularidade da iniciativa privada; o serviço público, do Estado (GRAU, 2002).

<sup>31</sup>Nesse sentido, assevera Grau (2002, p. 175): “(...) o Estado intervirá *sobre* o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Quando o faz por *direção*, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*. Quando o faz, por *indução*, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”.

<sup>32</sup>Ainda segundo Carvalho Filho (2012, p. 903, grifo do autor): “(...) é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um

Nesse contexto, ele exerceria as competências legislativas e administrativas destinadas a viabilizar a fiscalização, o incentivo e o planejamento da atividade econômica (CARVALHO FILHO, 2012).<sup>33</sup>

De acordo com Mello (2010), o art. 173, § 4o<sup>34</sup>, e o art. 174, *caput*, ambos da CRFB, conferem ao Estado a competência para intervir no domínio econômico como *polícia administrativa*.<sup>35</sup> Mesmo com a inserção de órgão regulador no art. 21, XI, e no art. 177, § 2º, III, ambos do texto constitucional, e o advento das leis que instituíram as *agências reguladoras*, a inovação restringiu-se à criação de autarquias que exercem competências já conhecidas no Direito Administrativo brasileiro sob regime jurídico que lhes concede algumas prerrogativas não extensíveis às demais autarquias, nem sempre compatíveis com a CRFB (MELLO, 2010; MAZZA, 2005).

Em momento algum, essa linha doutrinária chega a oferecer um conceito de regulação. Talvez ela veja esse conceito como algo ocioso, com forte lastro na tentativa de se importar modelos jurídicos de Administração Pública de constitucionalidade questionável.

Para Martins (2011), a regulação, compreendida como a disciplina de conduta, abrangeria naturalmente todas as funções jurídicas do Estado. Logo, haveria a regulação legislativa, a regulação administrativa e a regulação jurisdicional (MARTINS, 2011).

Num sentido amplo, a *regulação administrativa* seria sinônima da própria função administrativa (MARTINS, 2011). Entretanto, num sentido mais estrito e técnico-jurídico, a regulação administrativa teria amparo no art. 174, *caput*, da CRFB, e compreenderia: (i) a regulação administrativa normal, voltada para atividade econômica e orientada

---

diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o *Estado Regulador*”. Quando o Estado executa atividades econômicas, ele atuaria como Estado Executor (CARVALHO FILHO, 2012).

<sup>33</sup> Em sentido similar, Barroso (2004, p. 97) também identifica o fenômeno da regulação com o art. 174, *caput*, da CRFB. Todavia, pondera o seguinte: “(...) A ideia de regulação não é nova. A novidade surge, agora, na forma como o poder regulatório passa a ser exercido. É que a atração do setor privado para o investimento nas atividades econômicas de interesse coletivo está condicionada à garantia da estabilidade e previsibilidade das *regras do jogo* nas relações entre a empresa concessionária com o Poder Público, de um lado, e com os usuários, de outro”.

<sup>34</sup> Esse enunciado legal tem a seguinte redação: “Art. 173. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

<sup>35</sup> Define-a como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento na supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo” (MELLO, 2010, p. 837).

para a concretização da equidade e eficiência econômicas; e (ii) a regulação administrativa excepcional, com foco nas atividades privadas sob regime especial<sup>36</sup> e na preservação dos bens jurídicos tutelados nas relações delas decorrentes (MARTINS, 2011).

A regulação administrativa não se confundiria com a regulamentação, ou seja, com a expedição de normas abstratas pelo chefe do Poder Executivo para a fiel execução da lei (MARTINS, 2011). Essa função administrativa envolveria necessariamente a ponderação das circunstâncias do caso concreto e, por conseguinte, a expedição de atos administrativos concretos, haja vista o enunciado do art. 174, *caput*, da CRFB ter empregado a expressão “agente normativo e regulador”.<sup>37</sup>

Haveria três meios de regulação administrativa: (i) a direção ou regulação por ordenação, com amparo no conceito de *administração ordenadora*; (ii) a indução ou regulação por fomento, mediante o incentivo dos administrados em fazer ou deixar de fazer algo; e, (iii) a participação ou regulação por exploração direta, quando o Estado emprega empresas estatais com finalidade regulatória (MARTINS, 2011).

Segundo Martins (2011), a regulação administrativa pressupõe a distinção entre o regulador e o regulado e o direito fundamental à liberdade econômica, razão pela qual não se poderia

admitir o seu exercício no campo dos serviços públicos e dos monopólios estatais. Também não se confundiria com o poder de polícia<sup>38</sup>, somente sendo admitido excepcionalmente na regulação administrativa das atividades privadas sob o regime especial (MARTINS, 2011). Há quem entenda que a regulação “constitui-se o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público” (DI PIETRO, 2008, p. 189-190).

Na regulação, haveria uma concentração de competências normativas<sup>39</sup>, de polícia<sup>40</sup>, de fomento<sup>41</sup> e de intervenção<sup>42</sup> num mesmo ente da Administração Pública Indireta (DI PIETRO, 2008, 2013). Logo, a *regulação ficaria restrita às agências reguladoras e entidades afins* (DI PIETRO, 2008). É interessante anotar que Di Pietro (2008) entende que a regulação voltada ao funcionamento equilibrado do mercado e à atuação das empresas estatais consiste numa espécie de regulação, a *regulação econômica*. Ao lado desta, defende a existência de uma *regulação social*, que teria por objeto os serviços públicos.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Advirta-se que, para Martins (2011), o poder de polícia constitui a prerrogativa de a Administração Pública impor obrigações de não fazer nas relações de supremacia geral, em concretização direta da Constituição.

<sup>39</sup> Recorde-se que nessa concepção, associa-se *norma*, como se costuma dizer, à regra geral e abstrata (DI PIETRO, 2013).

<sup>40</sup> Segundo Di Pietro (2013, p. 123), o poder de polícia “é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

<sup>41</sup> Ainda com recurso à Di Pietro (2013, p. 56, grifo do autor): “O *fomento* abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de utilidade pública.”

<sup>42</sup> Consoante Di Pietro (2013, p. 56), a intervenção “compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada (intervenção indireta), bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico (intervenção direta), o que se dá normalmente por meio das empresas estatais”.

<sup>43</sup> Registre-se o seu conceito de serviço público: “(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que

<sup>36</sup> Seriam elas: (i) as atividades econômicas que teriam por objeto produtos perigosos, nocivos à saúde; (ii) serviços sociais; (iii) atividades expressamente submetidas à regulação especial, embora não qualificadas como serviços sociais; (iv) atividades diretamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2011).

<sup>37</sup> Nesse sentido, assevera Martins (2011, p. 113-114, grifo do autor): “(...) a regulação administrativa nada tem a ver com *regulamentação*; refere-se à edição de normas administrativas concretas. Pode ser que as ponderações concretas, resultantes da *regulação*, importem a enunciação de regras abstratas (regras de precedência condicionada), quer dizer, o exercício da função normativa. São porém inconfundíveis: a função normativa da Administração e função administrativa reguladora”.

Por fim, faz-se nessa posição doutrinária uma distinção entre *regulação* e *regulamentação* (DI PIETRO, 2008). Esta se restringiria às competências normativas do Chefe do Poder Executivo, constante do art. 84, IV e VI, da CRFB (DI PIETRO, 2008, 2013).

Segundo Justen Filho (2002), a regulação consiste na intervenção estatal indireta na economia mediante a expedição de regras e outras providências com a finalidade de influir sobre a atuação das pessoas e instituições.<sup>44</sup> Destina-se à promoção da satisfação das necessidades econômicas coletivas pelos próprios particulares, que passam a assumi-las com controle intenso e contínuo do Estado (JUSTEN FILHO, 2002, 2012). Mas a regulação não se restringiria apenas aos serviços públicos, abrangendo também as atividades econômicas e outras manifestações privadas, ainda que estas estejam “destituídas imediatamente de cunho econômico” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 29). Submetido à regulação, o particular assumiria os meios para a satisfação de necessidades coletivas, mas, em contrapartida, os fins de sua atividade passariam a ser ditados pelo Estado e tal atuação passaria a ser objeto de intenso controle estatal (JUSTEN FILHO, 2002).

Seguindo-se essa linha de raciocínio, a regulação passa a ser vista como “um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 40). Justen Filho (2002, p. 40) ainda acrescenta que tais políticas envolvem “a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados”.

Quando a regulação envolve a atuação da Administração Pública, estar-se-ia diante da *função administrativa regulatória ou regulação econômica-social* (JUSTEN FILHO, 2012). É interessante anotar que, ainda segundo Justen Filho (2002), a regulação também envolveria a atividade

---

a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente privado” (DI PIETRO, 2013, p. 106). Di Pietro (2008, p. 189) justifica sua posição quanto à existência de tal modalidade de regulação nos seguintes termos: “(...) Para essas áreas [serviços públicos], o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade não é de ordem econômica. Daí ser preferível um conceito mais amplo, em que estejam presentes os dois primeiros elementos já assinalados (fixação de regras de conduta e controle), mas se amplie o terceiro elemento, referente à finalidade da regulação jurídica, que é a de organizar os vários aspectos da vida econômica e social, para proteger o interesse público.”

<sup>44</sup> Justen Filho (2012, p. 637) chega a empregar a expressão *regulação econômico-social* para designar um tipo de função administrativa: “A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e realização dos direitos fundamentais.”

jurisdicional, uma vez que ela cuida da expedição de normas jurídicas. Convém registrar que, segundo Justen Filho (2002, 2012), a outorga de competências regulatórias a *agências reguladoras independentes*<sup>45</sup> constitui uma opção do Estado no Direito brasileiro. Isso permite concluir que essa abordagem doutrinária admite a possibilidade da outorga dessa modalidade de competência para órgãos e entidades da Administração Pública desprovidos das prerrogativas usualmente reconhecidas às agências reguladoras.

Aparentemente, Sundfeld (2000) tende a empregar o termo regulação para sintetizar as competências das agências reguladoras, embora entenda ofereça um abrangente rol de ações estatais como exemplos de intervenção estatal sob o mesmo rótulo.<sup>46</sup> De todo modo, Sundfeld (2000) defende o modelo legal de agências reguladoras como o mais adequado para a intervenção estatal na sociedade no atual contexto socioeconômico, fundado numa crítica à concepção tradicional de separação dos poderes e ao conceito de serviço público.

Para Marques Neto (2002, 2005), a regulação é o modo de intervenção do Estado nas relações econômicas que se dá pela mediação dos interesses públicos e privados em conflito, com vistas à concretização de objetivos socioeconômicos, por meio do exercício de prerrogativas de autoridade. Tem fundamento no art. 174, *caput*, da CRFB, que justificaria o modelo legal de agências reguladoras (MARQUES NETO, 2000, 2002, 2005).

Outra posição que merece registro é a de Moreira Neto (2000, 2003), que defende a existência de uma *função reguladora* no Direito Administrativo.<sup>47</sup> A rigor, a inovação não residiria nas competências

---

<sup>45</sup> Segundo Justen Filho (2002, p. 344), a agência reguladora independente é “uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração Indireta”.

<sup>46</sup> Nesse sentido, Sundfeld (2000, p. 18) assevera o seguinte: “A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores dito privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de ‘serviços público’, exploração de ‘bens públicos’ e de ‘monopólios’ estatais)”.

<sup>47</sup> Nesse sentido, assevera Moreira Neto (2005, p. 107-108): “Esse complexo de funções vai cometido a um único órgão regulador, para que este defina especificamente o *interesse que deverá prevalecer e ser satisfeito* nas relações sujeitas à regulação”.

– administrativas, normativas e judicantes – que compõem o feixe de prerrogativas outorgada às agências reguladoras, *mas sim no método de decisão, lastreado na ponderação de todos os interesses – públicos ou privados – tutelados pela ordem jurídica, na eficiência e na deslegalização* (MOREIRA NETO, 2003). Com efeito, haveria distinção entre *norma reguladora* e *norma legal* (MOREIRA NETO, 2003).

A norma reguladora teria as seguintes características, segundo Moreira Neto (2003): (i) envolveria a ponderação do interesse público com os demais interesses tutelados pela ordem jurídica, com vistas à harmonização de todos os valores envolvidos, em setores socioeconômicos específicos; (ii) conferiria uma liberdade relativa para a Administração nesse mister, de modo a atingir resultados eficientes dentro de um espaço de opções deslegalizadas delimitado por princípios ou *standards* estabelecidos pela lei deslegalizadora;<sup>48</sup> (iii) deveria ser expedida por um ente da Administração Pública que seja tornado politicamente neutro; e (iv) teria conteúdo preceptivo de resultados, orientado pela eficiência e pela preocupação com o equilíbrio das relações interprivadas. Por sua vez, a norma legal: (i) envolveria um interesse público específico, previamente determinado pelo legislador, a ser realizado pela Administração Pública de modo vinculado ou discricionário; (ii) poderia abrir espaços para discricionariedade administrativa; (iii) deveria ser expedida por órgão de natureza política; e (iv) teria conteúdo preceptivo de conduta, predominantemente restritivo ou condicionante das decisões privadas (MOREIRA NETO, 2003).

Nesse contexto, a regulamentação compreenderia uma prerrogativa do poder político para impor regras secundárias à norma legal, com o objetivo de explicitá-las e executá-las, sem a definição de interesses públicos específicos ou a criação, modificação ou extinção de direitos subjetivos (MOREIRA NETO, 2003).

Mas convém ponderar o seguinte: se a norma apresenta os atributos que a fazem *reguladora* for veiculada por *lei*, como lhe negar o caráter de *legal*?

Moreira Neto (2003) entende ainda que haveria três princípios básicos para que a regulação possa ser satisfatoriamente aplicada no Brasil: (i) a competência regulatória, outorgada por meio da deslegalização e pela adoção de funções híbridas (administrativas, normativas e judicantes); (ii) a independência regulatória, que abrange a independência funcional, a independência dos agentes e a independência financeira, em prol do

---

<sup>48</sup> Há a deslegalização quando lei deixa de estabelecer qualquer regra sobre determinada conduta ou remete tal atribuição à Administração Pública, limitando-se a determinar os princípios ou parâmetros a serem observados no exercício dessa competência normativa (MOREIRA NETO, 2003).

ente regulador; e (iii) a participação regulatória, consubstanciada na publicidade e na processualidade aberta.

De certo modo, a regulação vista por Moreira Neto (2003) pressupõe um modelo específico de Administração Pública.<sup>49</sup> Outra questão, é a compatibilidade de tal modelo com a CRFB.

### 4.3. Conceito proposto

A *regulação* pode naturalmente compreender tanto a estática jurídica – as normas jurídicas – como a dinâmica jurídica – a criação e a aplicação das normas jurídicas.<sup>50</sup> Mas, se o conceito de regulação designa todo o fenômeno jurídico, sua utilidade para a Dogmática Jurídica é bem discutível.

Melhor sorte não tem quem procura restringir *regulação* às normas jurídicas produzidas pelo Estado e ao processo empregado na sua criação e aplicação. Aqui, regulação passa a abranger todas as funções jurídicas do Estado, ou seja, as funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Logo, regulação passa a ser sinônimo de atividade estatal, apresentando uma abrangência pouco menor do que o conceito anterior, mas com grau similar de inutilidade.

Outra possibilidade é ver *regulação* como a intervenção do Estado no domínio econômico, com vistas à concretização de finalidades específicas, reputadas de interesse público. Entretanto, não se pode perder de vista que

esse termo – tal como *regulador* – tem sido empregado para designar as atuações estatais no domínio social. Ademais, dificilmente uma medida estatal no campo social deixa de ter impacto no campo econômico, e vice-versa, no Estado democrático de Direito. Opta-se aqui por empregar *regulação* para abranger tanto a estática jurídica (as normas jurídicas), como a dinâmica jurídica (a criação e a aplicação das normas jurídicas) pertinentes ao exercício da função administrativa, quando trata da efetivação de políticas públicas no domínio econômico ou no domínio social.

Como atividade administrativa, a regulação encontra-se integralmente subordinada ao regime jurídico-administrativo. Isso significa dizer que as normas editadas pelo Estado no exercício de competências regulatórias são normas complementares à lei (ou à própria Constituição), sujeitas ao controle jurisdicional e voltadas à harmonização dos interesses públicos com os direitos fundamentais. Nesse sentido, convém anotar que a regulação abrange tanto a expedição de atos administrativos que veiculam normas gerais – os atos normativos – como aqueles que veiculam normas individuais. Em ambos os casos, a validade do provimento regulatório dependerá naturalmente de sua subordinação e compatibilidade com a lei.

O *domínio econômico* envolve a produção, a circulação, a repartição e o consumo de bens e serviços no mercado.<sup>51</sup> Como a CRFB adotou um modelo de Estado de bem-estar social, reconhece-se o *setor privado do domínio econômico* e o *setor público do domínio econômico*.

No setor privado do domínio econômico, tem-se a *atividade econômica* – que abarca a

---

<sup>49</sup> É curioso comparar tal concepção, com a proposta de Pinto (2002), feita sob a égide da Constituição Federal de 1937. Embora reflita o ambiente autoritário da época, ela se alinha com os defensores contemporâneos do modelo de agências reguladoras que foram positivados em lei a partir dos anos 1990 (MARQUES NETO, 2005; MOREIRA NETO, 2003; SUNDFELD, 2000), no que concerne à crítica à separação dos poderes, para justificar a concentração de competências normativas, sancionatórias e judicantes em órgãos (ou entes) específicos do Poder Executivo.

<sup>50</sup> Sobre a estática jurídica e a dinâmica jurídica, consultar Kelsen (1991, 1992).

---

<sup>51</sup> Vide arts. 1º, IV; 5º; e 170 a 191 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Grau (2002) e Souza (1999). Para uma perspectiva econômica sobre a matéria, consultar Baldwin, Cave e Lodge (2012), Hayek (1978, 1994), Mises (2009, 2010) e Sen (2000).

produção, a circulação, a repartição e o consumo de bens e serviços no mercado – sujeita ao regime jurídico de Direito privado. Em razão dos direitos fundamentais de liberdade econômica e de propriedade privada, a atividade econômica é campo de atuação, por excelência, do particular.<sup>52</sup>

Entretanto, admite-se que o Estado desenvolva atividade econômica por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, mediante a criação e manutenção de empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>53</sup> Essas empresas estatais não deixam de compor o setor privado do domínio econômico, haja vista elas concorrerem no mercado com suas congêneres privadas, sendo naturalmente exigível que aqueles entes empresariais sejam geridos de modo a lhes garantir lucro e sustentabilidade econômico-financeira.

O setor público do domínio econômico é composto pelos *serviços públicos econômicos* e pelos *monopólios federais*. Os serviços públicos econômicos consistem na prestação de comodidades ou utilidades materiais aos administrados pelo Estado, diretamente ou sob o regime de concessão, segundo os princípios do regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da ordem econômica que lhes sejam compatíveis (FRANÇA, 2010).<sup>54</sup> Os monopólios federais, por sua vez, são atividades econômicas cuja titularidade é constitucionalmente atribuída à União.<sup>55</sup> Estão sujeitas ao regime jurídico de Direito privado, sem prejuízo do reconhecimento de competências para a

Administração Pública Federal que assegurem os interesses públicos que justificam a retirada desses bens e serviços da iniciativa privada (FRANÇA, 2011).

Ao lado do domínio econômico, o *domínio social* abrange as prestações que têm pertinência direta à Justiça Social e devem ser asseguradas pelo Estado.<sup>56</sup> Por essa razão, tende-se a reconhecer a predominância do setor público, embora se reconheça a existência de um setor privado, desde que o administrado se abstenha da busca do lucro. Havendo a constatação de finalidade lucrativa, as prestações assumem cunho econômico e passam a submeter-se ao regime jurídico da atividade econômica.<sup>57</sup>

Tanto no domínio econômico como no domínio social, o Estado deve concretizar as metas constitucionais de justiça social (MELLO, 2009, 2010). Para tanto, ele realiza *políticas públicas*. A política pública compreende um conjunto de atos legislativos e administrativos unificados em razão de objetivos comuns, que pretendem conceder densidade teleológica às diretrizes e objetivos constitucionais de justiça social.<sup>58</sup> Encontra-se usualmente sistematizada por lei em *plano* ou *política*, no qual são fixados

<sup>52</sup> Vide arts. 1º, IV; 5º, *caput*, XXII, XXIV e XXV; e 170, *caput*, II, e parágrafo único – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999), Mello (2010), Bastos (2000), Ferreira Filho (2008), Grau (2002), Silva (2002), e Tavares (2003).

<sup>53</sup> Vide arts. 37, XIX e XX; e 173 – ambos da CRFB.

<sup>54</sup> Vide art. 175 da CRFB.

<sup>55</sup> Vide art. 177 da CRFB.

<sup>56</sup> Vide arts. 1º, IV; 3º, 6º; e 193 a 231 – todos da CRFB. A atuação do Estado no domínio social pode ocorrer mediante a prestação de *serviços públicos sociais* ou por meio do *fomento* a atividades privadas destinadas a prestar essas comodidades, sem cunho lucrativo. Nesses serviços, os administrados podem agir desde que o façam sob o poder de polícia administrativa do Estado. Logo, ao contrário dos serviços públicos econômicos, não há a necessidade da aplicação do regime de concessão ou permissão. Pode-se estabelecer como exceção a essa regra os serviços de comunicação social, em face do disposto nos arts. 223 e 224 – da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), França (2003), Rocha (2003), Silva (2002), Sundfeld (1993), e Zockun (2009).

<sup>57</sup> O setor privado do domínio social é composto por administrados que atuam sob o regime de fomento. Caso o administrado decida prestar serviços materialmente enquadráveis como de saúde ou educação, por exemplo, essas atividades comporão o setor privado do domínio social.

<sup>58</sup> Sobre a matéria, consultar Mello (2010) e Buccini (2002).

os fins a serem alcançados e os instrumentos adequados para alcançá-los.<sup>59</sup>

Convém registrar que os princípios constitucionais da ordem econômica<sup>60</sup> e da ordem social<sup>61</sup> funcionam como garantias fundamentais dos administrados em face das políticas públicas. Esses preceitos da CRFB podem perfeitamente servir de parâmetros para o controle da juridicidade das políticas públicas, seja em razão de excesso intervencionista contra os direitos fundamentais individuais dos administrados, seja em virtude da insuficiência ou omissão do Estado perante a Justiça Social.<sup>62</sup>

A rigor, se a competência administrativa estiver associada – naturalmente com amparo legal – à efetivação de políticas públicas, estar-se-á diante de uma *competência regulatória*.

## 5. Competências regulatórias da Administração Pública

Para a concretização das políticas públicas, a CRFB legitima a *lei* a outorgar à Administração Pública as competências de planejamento, de ordenação, de fomento e de gestão, que têm por objeto a disciplina de atividades vinculadas ao domínio econômico ou ao domínio social.

A regulação por planejamento parece restringir-se ao exercício de competências

normativas destinadas à complementação da lei do plano ou política.<sup>63</sup> Nesse sentido, os atos normativos de cunho regulatório devem ser determinantes para o setor público e indicativos para o setor privado.<sup>64</sup>

Com inspiração no conceito de *administração ordenadora*<sup>65</sup>, afirma-se que a regulação por ordenação compreende as seguintes competências administrativas, quando pertinentes à efetivação de políticas públicas:<sup>66</sup> (i) criação da constituição de direitos individuais por ato administrativo; (ii) estabelecimento de condicionamentos administrativos (limites, encargos ou sujeições) aos direitos dos administrados; (iii) o sacrifício total ou parcial de direitos dos administrados; e (iv) imposição de prestações dos particulares em favor da Administração Pública.<sup>67</sup> É interessante ressaltar que a regulação por ordenação está voltada somente para os setores privados do domínio público e do domínio social, haja vista ter por objeto as atividades constitucionalmente facultadas à iniciativa privada.

<sup>59</sup> Vide art. 174, *caput*, da CRFB.

<sup>64</sup> A lei do plano ou política também é determinante à iniciativa privada, por força dos princípios da legalidade e da função social da propriedade. Se a norma legal for incompatível com os direitos fundamentais dos administrados, estar-se-á diante de um problema de constitucionalidade. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Grau (2002) e Souza (1999).

<sup>65</sup> Segundo Sundfeld (1993, p. 20), a administração ordenadora “é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhe é próprio”.

<sup>66</sup> Se o escopo da administração ordenadora se limita a prevenir ou a reprimir a atividade privada lesiva aos interesses públicos e à harmonia dos direitos fundamentais, não se está diante de regulação. Na administração ordenadora de cunho regulatório, vai-se mais além, pois ela ensaja a intervenção do Estado na esfera jurídica dos administrados para a efetivação de um plano ou política estabelecida em lei.

<sup>67</sup> Vide arts. 5º, XXIV; 182, §§ 3º e 4º; 184; 173, § 4º; e 174, *caput* – todos da CRFB. Vide o 78 da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). Sobre a matéria consultar Mello (2010), Di Pietro (2013), Martins (2011), Justen Filho (2012) e Sundfeld (1993).

<sup>59</sup> Vide arts. 21, IX, XX e XXI; 22, VII, IX, XII e XXIV; 43, § 1º, II; 48, *caput*, IV; 58, § 2º, VI; 84, XI; 159, I, c; 165, § 4º; 166, § 1º, II; 174, *caput*, e § 1º; 182; 187; 188; 196; 200, IV; 204, II; 210, § 3º; 214; 215, § 3º; 216-A; e 227, §§ 1º e 8º, II – todos da CRFB. Ao se consultar os dispositivos constitucionais *supra* citados, verifica-se sem desforço que se exige *lei* para a inserção das políticas públicas às quais fazem referência no sistema do Direito positivo. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Bucci (2002), Grau (2002) e Souza (1999).

<sup>60</sup> Vide art. 170 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Bastos (2000), Grau (2002), Tavares (2003) e Souza (1999).

<sup>61</sup> Vide art. 193 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2009, 2010).

<sup>62</sup> Pela admissibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, consultar Mello (2010).

A regulação por fomentos, por sua vez, abrange as competências administrativas de aplicação de sanções premiais ou da fixação de ônus, voltadas respectivamente ao estímulo e ao desestímulo de atividades econômicas ou sociais desenvolvidas pelos administrados.<sup>68</sup> Ao contrário da anterior, a regulação por fomento envolve todos os setores do domínio econômico e do domínio social. E, acresça-se, parece ser injustificável o fomento sem suporte numa política pública, sob pena de se consagrar grave violação aos princípios constitucionais da igualdade e da eficiência.<sup>69</sup> Logo, não há fomento válido sem regulação.

Por fim, a regulação por gestão<sup>70</sup> diz respeito às atividades que integram os setores públicos do domínio econômico e do domínio social. Nessa modalidade de regulação, ocorre essencialmente o exercício das competências da Administração Pública em sede de contratos administrativos<sup>71</sup>, na prestação de serviços públicos econômicos<sup>72</sup> e de serviços públicos sociais<sup>73</sup>, na exploração econômica de bens pú-

blicos<sup>74</sup> e nos monopólios federais.<sup>75</sup> A regulação por gestão abarca igualmente as prerrogativas destinadas a viabilizar a atuação empresarial do Estado, seja na prestação de serviços públicos, seja na exploração de atividade econômica.<sup>76</sup> Tal como na regulação por fomento, não há como se admitir a administração de gestão sem que ela esteja vinculada à efetivação de políticas públicas. Afinal, além de instrumento de concretização de direitos fundamentais, a administração de gestão demanda coerência com as metas constitucionais de Justiça Social. Do contrário, por que tais atividades foram excluídas total ou parcialmente do regime jurídico da atividade econômica pela CRFB?

Em princípio, as competências regulatórias devem ser exercidas pela Administração Direta ou por autarquias.<sup>77</sup> De fato, a regulação por planejamento, a regulação por ordenação e a regulação por gestão, pressupõem pessoas jurídicas de Direito Público<sup>78</sup>, por compreenderem prerrogativas que atingem decisivamente a esfera jurídica dos administrados, ainda que eles estejam, por exemplo, na condição de concessionários de serviço público. Entretanto, não se vê óbice ao exercício da regulação por fomento por intermédio das pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Indireta.<sup>79</sup>

<sup>68</sup> Vide arts. 146, parágrafo único; 146-A; 149; 150, § 6º; 155, §§ 2º e 4º, IV; 156, § 1º; 172; 174; 177, § 4º; 179; 180; 182, § 4º; 187; 199; 204, I; 213; 215; 217; 218; 219; 221; e 227, § 1º – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Di Pietro (2008, 2013), França (2003), Justen Filho (2012), Rocha (2003), Silva (2002), Sundfeld (1993) e Zockun (2009).

<sup>69</sup> Vide arts. 5º, *caput*, e I; e 37, *caput* – ambos da CRFB. Sobre o princípio da igualdade, consultar Mello (1993).

<sup>70</sup> Conforme Sundfeld (1993, p. 16), a administração de gestão “corresponde à função de gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades”.

<sup>71</sup> Vide arts. 21, X a XII; 25, § 2º; 30, V; 37, XXI; 175; 177, § 1º; 176, § 1º; 197; 199, § 1º; 223; e 236 – todos da CRFB.

<sup>72</sup> Vide arts. 21, X a XII; 25, § 2º; 30, V; e 175 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999), Mello (2010), Di Pietro (2008) e Justen Filho (2003).

<sup>73</sup> Vide arts. 194; 196; 198; 201; 203; 204; 205; 207; 208; 215; 217; e 218 – todos da CRFB. Recorde-se que por força do art. 223 da CRFB, o administrado somente pode prestar serviços de comunicação social na condição de autorizatário, permissionário ou concessionário do Estado. Nesse caso, o regime dessa atividade social é similar ao do serviço público econômico. Outra atividade de difícil

enquadramento é o serviço notarial, haja vista o disposto no art. 236 da CRFB. Talvez a melhor saída seja tipificá-lo, ainda que provisoriamente, como serviço público social.

<sup>74</sup> Vide art. 176 da CRFB. Sobre a matéria, consultar Marques Neto (2009).

<sup>75</sup> Vide art. 177 da CRFB.

<sup>76</sup> Vide arts. 37, XIX e XX; 173; 176; e 177 – todos da CRFB. Sobre a matéria, consultar Aguillar (1999) e Tácito (1997).

<sup>77</sup> Vide arts. 37, *caput*, XIX; 76; 84, I e II; 87; e 88 – todos da CRFB.

<sup>78</sup> Vide art. 41 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Sobre a matéria, consultar Mello (2010), Di Pietro (2008) e Justen Filho (2002, 2012).

<sup>79</sup> Vide arts. 37, XIX e XX; e 173 – ambos da CRFB.

Outra questão está relacionada às autarquias com competências regulatórias. Essas entidades poderão ter ou não um regime jurídico especial que as institua ou as converta em *agências reguladoras*<sup>80</sup>, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, revistos pelo Poder Legislativo e positivados em lei após o devido processo legislativo<sup>81</sup> – a não ser que se afirme que a CRFB e seus princípios fundamentais impõem um modelo específico de regulação, sem espaço para discricionariedade legislativa (ou liberdade de conformação do legislador, como queira). O que, diga-se com clareza, não parece corresponder ao sistema do Direito positivo.

Talvez a obrigatoriedade da instituição de agências reguladoras somente se justifique nas hipóteses do art. 21, XI, e do art. 177, § 2º, III, ambos da CRFB, sem prejuízo da constitucionalidade da lei que resolva por tal medida em outros campos do domínio econômico ou do domínio social. Mesmo assim, o modelo considerado ideal de agência reguladora terá que ser naturalmente confrontado com o modelo constitucional de Administração Pública, fundado no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, na legalidade administrativa (MELLO, 2010; CAVALCANTI, 2009; DI PIETRO, 2008; MARTINS, 2011; MAZZA, 2005).

Parece não fazer muito sentido apartar da regulação os *regulamentos*, atos normativos expedidos pelo chefe do Poder Executivo.<sup>82</sup> Caso se destinem à efetivação de políticas públicas, podem perfeitamente compor qualquer uma das modalidades de regulação acima propostas. Como excluir da regulação, no próprio enfoque economicista de alguns, a modificação das alíquotas de tributos, ou a concessão de isenções tributárias, por ato administrativo expedido pela Administração Direta? Essas situações ficariam num limbo entre a *norma legal* e a *norma reguladora*? Ressalte-se ainda que os atos normativos expedidos pelo chefe do Poder Executivo são hierarquicamente superiores aos demais atos normativos da Administração Pública<sup>83</sup> e que as entidades da Administração Indireta – incluídas naturalmente as agências reguladoras – ficam sujeitas ao controle da Administração Direta.<sup>84</sup>

Salvo na hipótese das universidades relativamente a certo conjunto de atribuições<sup>85</sup>, não se vê amparo constitucional para impor (ou mesmo

---

<sup>80</sup> Conforme o modelo de agência reguladora preconizado por Marques Neto (2005), Moreira Neto (2003) e Sundfeld (2000), por exemplo.

<sup>81</sup> Vide arts. 37, XIX; 48, *caput*, X e XI; 59, III; e 61, *caput*, e § 1º, II, *a e e* – todos da CRFB.

<sup>82</sup> Vide art. 84, IV e VI, da CRFB.

<sup>83</sup> Vide arts. 84, II, IV e VI; e 87, parágrafo único, I e II – ambos da CRFB.

<sup>84</sup> Vide art. 87, parágrafo único, I, da CRFB.

<sup>85</sup> Vide art. 207 da CRFB.

admitir, conforme o caso) um preceito legal que outorgue total imunidade a ato normativo de autoridade regulatória em face dos atos normativos do chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares diretos. Igualmente não impressiona que a lei possa conceder competências judicantes ou sancionatórias a autoridades regulatórias. Isso não as descaracteriza como competências administrativas, haja vista o fato de as decisões tomadas no exercício desses poderes se encontrarem sujeitas ao controle jurisdicional.<sup>86</sup>

## 6. Considerações finais

Caso se diga que a regulação deva designar uma nova dinâmica administrativa, em razão das transformações do Estado de Direito, os instrumentos reivindicados por seus entusiastas pressupõem naturalmente sua aderência à CRFB. A competência regulatória, *como toda e qualquer competência da Administração Pública*, encontra-se submetida ao princípio da legalidade administrativa. Realmente é possível que a lei outorgue tais prerrogativas com um grande espaço de discricionariedade administrativa.

Entretanto, não se olvide que a legalidade administrativa representa uma garantia fundamental que serve aos direitos fundamentais individuais dos administrados. Os preceitos legais que conferissem à Administração Pública o poder de delinear a liberdade econômica e a propriedade privada ao seu alvedrio, sem parâmetros ou diretrizes a serem observados pela autoridade, seriam flagrantemente inconstitucionais, à luz do art. 5º, II, e do art. 37, *caput*, ambos da CRFB.

Por outro lado, não se deve ler a CRFB com uma ótica excessivamente intervencionista, avessa à atuação dos administrados no domínio econômico e no domínio social. Ela não representa condição necessária nem suficiente para a descaracterização ou o esvaziamento dos compromissos socioeconômicos do Estado brasileiro. É justamente a presença da regulação que os aferra às políticas públicas, reduzindo-lhes o espaço para a liberdade econômica e a propriedade privada.

Aliás, a definição legal das competências regulatórias deve destinar-se à concretização das metas de justiça social. Pensar o contrário, com a devida vênia, é desejar o rompimento e superação do sistema do Direito positivo.

---

<sup>86</sup> Vide art. 5º, XXXV, da CRFB.

## Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 67-77, 1997.
- \_\_\_\_\_. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *As agências reguladoras: o Estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 42, p. 90-104, 2003.
- \_\_\_\_\_. A função administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 7-14, jul./set. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Estrutura e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. Conceito de serviço público na Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, São Paulo, v. 1, p. 225-238, 2010.
- \_\_\_\_\_. O regime jurídico dos monopólios federais do petróleo e gás no sistema constitucional brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 53, p. 133-142, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HAYEK, Friedrich A. von. *The constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago, 1978.
- \_\_\_\_\_. *O caminho da servidão*. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MISES, Ludwig von. *As seis lições*. 7. ed. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Ação humana: um tratado de economia*. 3. ed. Tradução de Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

- MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PINTO, Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 1 v.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 1 v.
- ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.



# Possíveis formas de extinção do manifesto de mina

Caducidade ou desapropriação?

ANDRÉ SADDY

## Sumário

Introdução. 1. Títulos habilitantes no direito minerário brasileiro. 1.1. Código de Minas de 1934. 1.2. Código de Minas de 1940. 1.3. Código de Mineração de 1967. 2. Formas de extinção de títulos habilitante no direito brasileiro. 2.1. Caducidade como forma de extinção dos títulos habilitante no Código de Mineração. 3. Possibilidade de caducidade do manifesto de mina. 4. Extinção do manifesto de mina por desapropriação ou requisição. Conclusões.

## Introdução

O Estado brasileiro, além de administrador das distintas formas de delegação da atividade minerária, também é o proprietário dos bens do subsolo (art. 21, IX, da CRFB); no entanto, existe uma situação peculiar, decorrente de um direito adquirido que se chama manifesto de mina. O presente artigo buscará evidenciar a forma correta de extinguir esse direito de propriedade.

## 1. Títulos habilitantes no direito minerário brasileiro

O regime de atribuição da exploração de recursos minerais é ditado pelo atual Código de Mineração (BRASIL, 1967), sob as formas de autorização de pesquisa (outorgada por alvará do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM), de concessão de lavra (outorgada por portaria do Ministro de Estado de Minas e Energia), de licenciamento, de permissão de lavra garimpeira e de regime de mono-

André Saddy é doutor europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España; mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Professor Adjunto I do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-RJ).

pólio (art. 2º). Interessa-nos entender melhor essas formas ao longo da história.

### 1.1. Código de Minas de 1934

O Código de Minas de 1934 (BRASIL, 1934), em seu arts. 4º e segs., depois de dispor que as jazidas eram bens imóveis distintos e não integrantes do solo ou do subsolo, criou uma diferença entre jazidas conhecidas e desconhecidas.

As conhecidas “*pertencem aos proprietários do solo onde se encontrem, ou a quem for por legítimo título*”, e as desconhecidas, “*quando descobertas, serão incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade imprescritível e inalienável*” (BRASIL, 1934).

Com o fito de levantamento e também para evitar burlas ao sistema que se implementava, dispôs ainda o Código que só seriam consideradas jazidas conhecidas aquelas que fossem manifestadas ao Poder Público (art. 5º, § 2º), originando-se daí a terminologia “*manifesto de mina*”.

O intuito legal era criar apenas dois títulos habilitantes, as autorizações de pesquisa e as concessões de lavra (art. 3º), além da propriedade sobre as minas manifestadas, desde que feitas nas formas e no prazo previsto no art. 10 e enquanto não cessasse a lavra. Em outras palavras, sendo realizada a lavra de maneira contínua e ininterrupta, seria a mina propriedade do particular. A manifestação e a continuidade da lavra seriam condições imprescindíveis para a propriedade sobre a mina.

O Código de 34, portanto, instituiu dois títulos habilitantes referentes a pesquisa e lavra dos recursos minerais: as autorizações de pesquisa e as concessões de lavra. Não se podem, considerar os manifestos de minas como título habilitante, mas sim como título de propriedade.

### 1.2. Código de Minas de 1940

O Código de Minas de 1940 (BRASIL, 1940), no que diz respeito às jazidas manifestadas, criou uma condicionante aos manifestantes, estipulando que tais jazidas estariam oneradas, em benefício dos respectivos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, com a preferência para autorização de lavra ou, quando a outrem autorizada, com uma percentagem nunca superior a cinco por cento da produção efetiva (art. 7º). Caso o direito de preferência não fosse exercido no prazo estipulado, ficaria *ipso facto* resolvido, e a jazida incorporar-se-ia ao patrimônio da União (§ 2º do art. 7º).

### 1.3. Código de Mineração de 1967

O atual Código de Mineração (BRASIL, 1967), em seu art. 6º (com a redação dada pelo Decreto-lei nº 318, de 14/3/1967), distingue duas categorias de mina, tendo em vista a forma representativa do direito de lavra, a saber:

“Mina Manifestada, a em lavra, ainda que transitoriamente suspensa a 16 de julho de 1934, e que tenha sido manifestada na conformidade do art. 10, do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934, e da Lei nº 94, de 10 de setembro de 1935.

Mina Concedida, quando o direito de lavra é consubstanciado em decreto outorgado pelo Governo Federal” (BRASIL, 1967).

Fica clara a manutenção do direito adquirido pelos proprietários das jazidas. Tal distinção deixa nítido que o aproveitamento da mina, quando esta for manifestada, não precisa de nenhum título habilitante, ou seja, independe de autorização ou concessão da União. Isso ficou evidenciado no parágrafo único do art. 7º do atual Código: “Independente de concessão do Governo Federal o aproveitamento de minas

manifestadas e registradas, as quais, no entanto, são sujeitas às condições que este Código estabelece para a lavra, tributação e fiscalização das minas concedidas” (BRASIL, 1967).

Pode-se concluir, portanto, que a mina manifestada constitui um direito real do proprietário sobre a mina; na mina concedida, por sua vez, apenas existe um direito real do minerador de explorar a jazida.

Esse direito real do proprietário sobre a mina é uma exceção extingüível. É exceção porque a regra atual é a outorga do consentimento por meio da autorização ou da concessão e é extingüível uma vez que esse direito perderia até a cessação das atividades da lavra. Isso significa dizer que, ao longo dos anos, os proprietários dessas jazidas se extingüiriam, e a União seria efetivamente a real proprietária do subsolo. Resta saber, portanto, quando essas minas manifestadas poderão se extingüir.

## **2. Formas de extinção de títulos habilitante no direito brasileiro**

No Brasil, títulos habilitantes podem ser outorgados por atos ou contratos administrativos.

Caso a vinculação do particular ocorra por meio de ato administrativo, este permanecerá existente até sua extinção, que hoje pode se dar de sete formas distintas: cumprimento de seus efeitos; advento de termo final ou condição resolutiva; invalidade ou anulação; revogação; cassação; caducidade ou decaimento; e contraposição.

O ato administrativo pode se extingüir pelo cumprimento de seus efeitos, jurídicos ou sociais, ou ainda pelo advento de termo final ou condição resolutiva.

Outra forma comum e muito debatida é a invalidade ou a anulação do ato. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios na formação ou na substância que os

tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade.

A cassação é outro meio possível de extingüir um ato administrativo. Ela se dá sempre que exista enunciação do descumprimento pelo destinatário dos requisitos para o usufruto do direito subjetivo.

Caducidade ou decaimento é o fenômeno jurídico que extingue um ato administrativo quando surge uma nova lei que proíbe ou torna inadmissível uma atividade antes permitida, ou seja, é a declaração do advento de invalidade superveniente à expedição do ato.

Por fim, pode-se extingüir um ato por contraposição, que ocorre quando existem efeitos contrapostos ao ato retirado.

Em todos os casos mencionados, deve a administração pública respeitar os direitos adquiridos, além de ressalvar, em todos os casos, a apreciação judicial.

Já em relação a contratos administrativos, as formas de extinção se diferenciam na nomenclatura e no sentido dos termos. Assim como nos atos, também existem aqui basicamente sete formas de extinção: o termo final do prazo; a renúncia; a cassação; o decaimento; a anulação; a encampação; a rescisão; e a caducidade<sup>1</sup>. A extinção devolve à administração pública os direitos e os deveres relativos à prestação do serviço, facultando-lhe decidir pela execução direta da atividade ou pela outorga de novo título habilitante, muitas vezes mediante licitação.

Inicialmente, sabe-se que, findo o termo ou o prazo contratual, devem-se reverter ao poder

---

<sup>1</sup> Todas essas formas estão previstas na Lei nº 8.987/95 (art. 35 e segs). Ressalta-se, também, que essa Lei prevê outras formas de extinção, como a falência ou a extinção da empresa concessionária, ou pelo falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 15, VI). Esta última hipótese só se aplica às permissões, uma vez que somente pessoa jurídica pode ser concessionária (art. 2º, II).

concedente os direitos e os bens vinculados à prestação do serviço, nas condições estabelecidas no termo ou contrato.

A renúncia é um ato formal unilateral, irrevogável e irretratável, no qual se manifesta o desinteresse pelo título habilitante. É aceita apenas se todas as obrigações estiverem em dia, e pode haver condicionamento, como aviso aos usuários/consumidores.

A cassação diz respeito à perda de condição de manutenção do título habilitante.

O decaimento é a situação de excepcional relevância pública que leva o poder público a reassumir a atividade.

A anulação decorre de eventual irregularidade insanável no ato que expediu o título habilitante, ou seja, trata-se de um vício de legalidade no pacto. É a invalidação do termo ou contrato por ilegalidade. Poderá ela ser decretada pela administração ou pelo Poder Judiciário. Há de lembrar que, na anulação, o termo ou contrato é ilegal; logo, embora esteja sendo regularmente executado, não se impõe indenização alguma e produzem-se efeitos *ex tunc*, que retroagem às origens da outorga.

A encampação é a retomada do serviço pela administração pública durante o prazo de vigência do termo ou contrato, em virtude de razão extraordinária de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após o pagamento de prévia indenização. Não pode o dono do título habilitante opor-se à encampação. Seus direitos limitam-se à indenização, calculada na forma do art. 36 da Lei nº 8.987/95. No entanto, é verdade que, ao se transferir para o Legislativo a decisão de encampar, ofertou-se ao proprietário uma maior garantia, visto que o reconhecimento da existência de interesse público passou a depender de uma decisão colegiada, e não individual do chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada da atividade pode importar indenização vultosa, dependente, talvez, de dotação específica.

A rescisão é o desfazimento do contrato durante o prazo de sua execução. Rescisão é termo genérico, que comporta várias espécies, mas a Lei nº 8.987/95 reservou-o para a extinção do título habilitante promovida pelo outorgado perante o Poder Judiciário. Desse modo, a rescisão judicial é aquela determinada pelo Poder Judiciário, mediante provocação do dono do título em face de descumprimento do contrato pelo poder concedente. Para obtê-la, deve-se: a) promover ação específica para esse fim; b) comprovar o descumprimento do termo ou contrato pelo poder público; c) manter a prestação do serviço sem solução de continuidade até a decisão judicial transitar em julgado. Embora a lei não o diga, haverá sempre lugar para a rescisão amigável, que decorre de acordo das partes, no qual elas convencionam o modo e a forma de devolução da atividade e eventuais pagamentos devidos.

Por fim, a caducidade é a extinção por inadimplemento de obrigação pelo dono do título habilitante, especialmente em hipóteses de descumprimento reiterado das metas assumidas nos termos ou contratos<sup>2</sup>. A caducidade será declarada por decreto do poder público, depois de comprovada a inadimplência do dono do título em procedimento administrativo. Por ser tratar de punição, possui natureza jurídica de cláusula exorbitante, e, por isso, têm de ser observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da decisão motivada e proporcional em relação à gravidade da falta, entre outros estipulados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Eventual indenização, que pode ser cabível, será apurada no decurso do procedimento, dela devendo ser descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados ao poder público.

## **2.1. Caducidade como forma de extinção dos títulos habilitantes no Código de Mineração**

A caducidade é normalmente estudada como forma de extinção da concessão de serviço público. Trata-se da extinção da concessão por infração do concessionário a seus deveres; logo, possui natureza punitiva. Sua finalidade é assegurar a prestação de um serviço adequado. O art. 38 da Lei nº 8.987/95 define o que seria caducidade afirmando que ela deriva não apenas da inexecução total ou parcial do contrato, mas também da infração à lei ou ao regulamento<sup>3</sup>.

É decretada por ato unilateral do poder concedente, depois de apuradas as faltas do concessionário em processo administrativo regular<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A Lei nº 8.987/95 dispõe que o poder concedente poderá declarar a caducidade da concessão quando: a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada; b) o concessionário descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares; c) o concessionário paralisar o serviço; d) perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais; e) não cumprir as penalidades impostas por infrações anteriores; f) não atender à intimação para regularizar a prestação do serviço; e g) for condenado, em sentença transitada em julgado, por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

<sup>3</sup> A caducidade, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 406) é a modalidade de encerramento da concessão por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações. No caso, por ter sido o concessionário a dar causa à extinção da concessão, por violador de suas obrigações, o poder público não tem de indenizá-lo, senão com relação à parcela não amortizada do capital representada pelos equipamentos necessários à prestação do serviço e que reverterão ao concedente.

<sup>4</sup> Segundo o art. 38 da Lei nº 8.987/95, as causas da decretação de caducidade são:

a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;  
b) a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;  
c) a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

Fica a critério do poder concedente declarar a caducidade da concessão ou aplicar as sanções cabíveis, a depender da inexecução, se total ou parcial. Logicamente, se a inexecução for total, só se poderá ter a caducidade – afinal, o poder público terá de assumir a execução do respectivo serviço público, para evitar a sua interrupção. A inexecução parcial, contudo, deverá levar o poder público a corrigir a falta, aplicando ao concessionário as sanções cabíveis, de forma a reconduzi-lo à prestação do serviço adequado<sup>5</sup>.

A Lei das Concessões (Lei nº 8.987/95) também regulamenta, em seu artigo 27, a prerrogativa do concedente de declarar a caducidade da concessão, quando o concessionário transferir a concessão ou o controle societário da concessionária sem a prévia anuência do concedente.

No procedimento administrativo de inadimplência, será discutido o valor de eventual indenização. Esta diz respeito apenas aos bens reversíveis, vinculados à concessão, ainda não amortizados ou depreciados. Com exceção dessa possibilidade, nenhuma outra forma de indenização será concedida ao concessionário. Além disso, não resultará ao poder público qualquer espécie de responsabilidade quanto

a encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

É válida a recordação de Antônio Carlos Cintra do Amaral (1996) ao dispor que:

“Embora a lei não o diga, é provável que a declaração da caducidade venha a ser precedida, pelo menos na maioria dos casos, de intervenção, nos termos dos arts. 32 a 34 da Lei 8.987/95, ‘com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço’. A intervenção far-se-á também por decreto, independentemente de lei autorizativa.”

Tal viés, porém, não se aplica aos títulos habilitantes do direito minerário (autorização e concessão), pelo simples fato de não se estar diante de um serviço público, mas sim de uma atividade econômica em sentido estrito.

Segundo o Código de Mineração (art. 63), o não cumprimento das obrigações decorrentes das autorizações de pesquisa, das permissões de lavra garimpeira, das concessões de lavra e do licenciamento implica, dependendo da infração, advertência, multa e caducidade do título.

Segundo William Freire (1996, p. 244), a caducidade no Código de Mineração:

“é ao mesmo tempo sanção e modo de perda do domínio de um direito minerário, e não se confunde com nulidade. A primeiro decorre do descumprimento de obrigação legal, em ato ou omissão posterior à obtenção regular do título pelo minerador. A outra é consequência de irregularidade ou ilegalidade na concessão de direito.”

O Código, em seu art. 65, relaciona cinco diferentes hipóteses para a declaração de caducidade: o abandono formal da jazida ou mina decorrente de declaração expressa, ou da comprovação inequívoca de atos ou fatos que evidenciem o *animus* de abandonar ou

---

d) a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

e) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

f) a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

g) a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

<sup>5</sup> Segundo Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar (1998): “é preciso ter em mente que o objetivo da concessão é transferir o serviço ao setor privado; dele só deve ser retirado quando, realmente, não houver meios sancionadores eficazes e suficientes para assegurar o bom atendimento dos usuários. De empresário e prestador de serviços, o Estado passa a regulador e controlador dos mesmos, agindo de forma a utilizar a capacidade e a iniciativa do setor privado para melhor assegurar os interesses da comunidade”.

suspender, em definitivo, os trabalhos<sup>6</sup>; o não cumprimento dos prazos de início ou reinício dos trabalhos de pesquisa ou lavra, apesar de anterior advertência e multa; a prática deliberada dos trabalhos de pesquisa em desacordo com as condições constantes do título de autorização, apesar de advertência ou multa; prosseguimento de lavra ambiciosa ou de extração de substância não compreendida no Decreto de Lavra, apesar de advertência e multa; e o não atendimento de repetidas observações da fiscalização, caracterizado pela terceira reincidência, no intervalo de um ano, de infrações com multas.

Cada uma dessas hipóteses diz respeito apenas às autorizações e às concessões (art. 65, *caput*), motivo pelo qual se questiona a possibilidade dessa sanção para os casos de manifesto de mina.

### 3. Possibilidade de caducidade do manifesto de mina

O DNPM exerce a tarefa de limitação ou ordenação (poder de polícia) na atividade minerária (art. 3º c/c art. 89 do atual Código de Mineração). Significa dizer que é responsável por atos de fiscalização preventiva e repressiva e possíveis sanções de polícia, se necessário.

Como visto, o Código estipula as penalidades possíveis a cargo do referido Departamento. A sanção máxima prevista é a de caducidade do direito de pesquisa ou de lavra (art. 65). Sua justificativa consiste no fato de a União ser proprietária do subsolo e possuir o dever-poder de resgatar, em determinados casos, o bem mineral, para entregá-lo a terceiro legitimamente interessado em aproveitá-lo de forma mais eficiente.

---

<sup>6</sup> Simples paralisação por dificuldade técnica ou financeira não configura o abandono.

O problema gira em torno de o fato de o Código ter mencionado tais penalidades apenas para as autorizações de pesquisa ou concessões de lavra. Restaria, portanto, saber se as sanções, legalmente previstas para as minas concedidas, também se aplicam às minas manifestadas.

A antiga Consultoria-Geral da República, examinando caso de decretação de caducidade de manifesto de mina (BRASIL, 1974), entende ser possível, por sujeitar-se à mesma fiscalização exercida pelo DNPM:

“Assim sendo, por estarem sujeitas à mesma fiscalização das Minas Concedidas, nesta incluídas como parte importante as sanções, também as Minas Manifestadas, caracterizado o abandono, terão os manifestos respectivos declarados, administrativamente, caducos, obedecido o processo previsto no art. 69 e §§, do Código de Mineração vigente, e art. 106 de seu Regulamento” (BRASIL, 1974).

Posteriormente, a Advocacia-Geral da União (AGU), em outro parecer (BRASIL, 1994), voltou a tratar do tema, acrescentando a essa argumentação o seguinte entendimento:

“O direito decorrente do manifesto de mina está, como visto, restrito à condição de que perdure todo o tempo a lavra da respectiva jazida, o que, ocorrendo, empresta a esse instituto o tratamento especial previsto nos Códigos de Minas editados desde 1934. A cessação da atividade de lavra faz perecer o direito existente sobre a mina manifestada, cujo aproveitamento fica, então, sujeito às mesmas regras aplicáveis às minas concedidas.

Lembre-se, ainda, que o Código ora vigente (Decreto-Lei nº 227, de 28.2.67) subordina o manifesto de mina às condições estabelecidas para a lavra, tributação e fiscalização das minas concedidas” (BRASIL, 1994).

Finalmente, em outro parecer (BRASIL, 1998), a AGU manteve seu posicionamento, afirmando que o manifesto de mina não está

imune à declaração de caducidade. Segundo o parecer: “É, portanto, passível de caducidade o direito relativo à mina manifestada e registrada nos termos do art. 10 do Código de Minas de 1934. Sobre esse direito incidem as mesmas normas aplicáveis aos direitos sobre as minas concedidas” (BRASIL, 1998).

A jurisprudência sobre o tema é praticamente nula. O STJ possui um julgado em que parece evidenciar a eventual possibilidade da caducidade, mas não é claro no seu posicionamento:

“Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO MINISTRO DE ESTADO INDEFERINDO RECURSO ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. 1. O ato contra o qual se dirige a impetração é o que negou provimento a recurso administrativo, no qual se pretendeu ver restabelecidos direitos sobre o Manifesto de Mina 313/36, averbados em nome de terceiros. *O julgamento dessa matéria cabe ao Ministro de Estado das Minas e Energia, no exercício de competência para declarar a caducidade da concessão de minas, que lhe foi atribuída por força do Código de Mineração, art. 63, § 2º.* 2. O prazo decadencial para impetração da segurança (art. 18 da Lei 1.533/51 iniciou-se com a publicação na Imprensa Oficial, ocorrida em 17.07.2003, da decisão denegatória de provimento ao recurso administrativo” (BRASIL, 2005).

O TRF da 1ª região, porém, tratou como possível a extinção por meio da caducidade; no entanto, não entrou no mérito propriamente dito da questão:

“Ementa: DIREITO CIVIL. MANIFESTO DE MINA. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO SOBRE AS MINAS DE IMÓVEL ALIENADO. NÃO COMPROVAÇÃO DO ABANDONO ÁREA (ART. 43 DO ADCT). APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. *Trata-se de ação ordinária proposta em face da empresa Mineração Morro Velho S/A e do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, com o fim de obter declaração de nulidade ou caducidade do manifesto de mina nº 308/36-VI (fls. 150/151; 117/118; 139), o qual confere àquela empresa os direitos de exploração sobre as jazidas situadas no imóvel de propriedade da autora (fls. 13/14).* 2. Caso em que o falecido cônjuge da autora adquiriu o imóvel rural denominado “Fazenda Urubu”, em 16/02/46, tendo sido “transferidos ao comprador os direitos constantes das escrituras várias que constituía o imóvel e seus ônus com referência ao sub-solo.” (fls. 26/27). Tal ônus consiste em restrição contida no título de domínio originário, datado de 1931, referente à exclusividade de exploração das minas existentes no imóvel pela empresa que ali figurou como alienante (fl. 127 v). 3. A prerrogativa consubstanciada no Manifesto de Mina nº 308 de 02.03.36 - relativa ao direito de exploração da mina - foi posteriormente incorporada ao patrimônio da Mineração Morro Velho S/A (fls. 150/151), legítima detentora do direito de pesquisa e lavra de minérios nos limites do imóvel denominado “Fazenda Urubu”. 4. Não

subsiste a alegação de que o Manifesto de Mina nº 308 de 02.03.36 teria sido expedido sem a anuência dos condôminos do imóvel, porquanto o direito de propriedade transmitido excluiu expressamente o direito de exploração das minas existentes no subsolo (fl. 127), o qual pertence à Mineração Morro Velho S/A, nos termos daquele manifesto. 5. *A recorrente não se desincumbiu do ônus de provar o alegado abandono da mina objeto do manifesto nº 308 de 02.03.36 (art. 333, I, do CPC), razão pela qual não procede o pedido de declaração de caducidade do ato que outorgou à ré Mineração Morro Velho S/A os direitos de exploração sobre a área (art. 43 do ADCT da CF/88).* 6. Outrossim, na vistoria da área realizada pelo DNPM (fls. 158/164) ficou constatado “(...) que não houve paralisação das atividades de lavra na área do item VI do Manifesto de Mina nº 308 de 36, e muito menos o abandono formal da área, o que é confirmado nos próprios documentos de prova apresentados pela denunciante Odette Alves de Mello (...)” e que “a mineração Morro Velho S/A vem desenvolvendo trabalhos de pesquisa mineral, desenvolvimento de mina e exploração no item VI do Manifesto de Mina nº 308/36” (fl. 163). 7. *Apelação não provida.* (BRASIL, 2010, grifo nosso).

#### 4. Extinção do manifesto de mina por desapropriação ou requisição

Apesar de ser esse o entendimento da AGU e, como demonstrado, aparentemente ser também o entendimento de alguns tribunais, avalia-se como injustificável tal posicionamento.

Levando-se em conta a natureza jurídica do manifesto de mina, qual seja, de direito real de propriedade, certamente especial, porque está sujeito a limitações e restrições, considera-se que as únicas possibilidades de extinguir tal direito, consagrado na CRFB (art. 5º, XXII), são a desapropriação ou a requisição (art. 5º, XXIV e XXV, respectivamente, da CRFB). Ou seja, como o manifesto de mina é um direito de propriedade, ele apenas está sujeito à per-

da pelas formas drásticas de intervenção do Estado na propriedade: a desapropriação ou a requisição<sup>7</sup>.

Em razão dessa natureza de direito de propriedade atribuída às minas manifestadas e em lavra, elas não são, portanto, suscetíveis de extinção por caducidade.

Tal direito de propriedade outorgado às minas manifestadas está intacto desde sua criação. Esta, inclusive, foi a vontade sufragada na CRFB/88, ao dispor sobre o assunto no art. 43 do ADCT.

Além desses argumentos, estar-se-ia ferindo o princípio da livre iniciativa caso se extinguisse a propriedade privada por meio da caducidade. Não se pode esquecer que a livre iniciativa é um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CRFB), bem como da Ordem Econômica (art. 170, CRFB). Por ela, assegura-se a todos o direito de ingressarem no mercado, mas não se torna certo o direito de todos o fazerem sob iguais condições, repudiando-se, no entanto, qualquer forma de discriminação que instaure condições de competitividade diferentes. Inclui não apenas ingressar e, portanto, atuar no mercado, mas também estabelecer os próprios objetivos e dirigir e planejar sua atividade em atenção a seus recursos e às condições do próprio mercado; além de assegurar o direito de cessar a atividade – afinal não se pode qualificar de livre obrigação indefinida de continuidade de atuação contra sua vontade. Deve-se assinalar também que a livre iniciativa

<sup>7</sup> Assim entende Lúcia Helena Alves dos Santos (2008): “Podemos observar que os conceitos sofreram alterações ao longo dos anos. A mina se torna um bem jurídico de valor econômico que se integra ao patrimônio de quem possui a titularidade do manifesto de mina. Não pode sofrer limitação e permanece imune à declaração de caducidade.

Caso a lavra esteja paralisaada ou sendo desenvolvida de forma inadequada, se a Administração entender que outro poderia fazê-lo de forma mais eficaz e com um aproveitamento integral de sua potencialidade, poderá desapropriar a mina tendo em vista o interesse público”.

ampara tais liberdades independentemente da atividade ou do setor econômico em que se desenvolve<sup>8</sup>.

Ao se defender a possibilidade de extinção da atividade por meio da caducidade, estar-se-á ferindo esse fundamento da República e da ordem econômica.

Vale aqui, inclusive, no que diz respeito ao direito de manter e cessar a atividade, trazer decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 1975), que, na primeira ocasião em que reconheceu o livre exercício da atividade econômica como princípio geral do Direito Comunitário, formulou alguns critérios úteis no exame do princípio. Afirmou que a livre iniciativa implica que um operador econômico não pode ser privado arbitrariamente do direito de exercer sua atividade, mas não lhe garante um volume de negócios determinado ou uma cota de mercado específica. As garantias concedidas aos operadores econômicos não podem estender-se em nenhum caso, à proteção de meros interesses ou expectativas de índole comercial, cujo caráter aleatório é inerente à essência mesma da atividade econômica.

## Conclusões

Os direitos minerários das minas manifestadas continuam em pleno vigor, evidenciando-se assim que a teoria da ab-rogação das Constituições anteriores à CRFB/88 não é absoluta. Os titulares de tais manifestos apenas estão sujeitos às mesmas condições e obrigações estabelecidas pelo Código de Mineração e seu Regulamento para as minas concedidas

---

<sup>8</sup> Luis Roberto Barroso (2000, p. 183) decompõe o princípio da livre iniciativa em três partes. A primeira diz respeito à propriedade privada, isto é, à apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CRFB, arts. 5º, XXII, e 170, II). Outro ponto é a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar, situa-se a liberdade de lucro, que nada mais é do que deixar o empreendedor estabelecer seu preço, que há de ser determinado, em princípio, pelo mercado, por meio da livre concorrência, que está configurada no art. 170, IV, da CRFB, como um dos princípios da ordem econômica. Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º). Marcos Juruena Villela Souto (2004, p. 47), por sua vez, distribui o princípio da livre iniciativa em dois subprincípios: o princípio da abstenção, que, segundo o autor, “vai na linha do Estado Liberal, ou seja, a regra é que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, especialmente exercendo, ele próprio, atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição; portanto, o Estado está legitimado – papel constitucional clássico – a intervir no domínio econômico; todavia ele está limitado aos termos da própria Constituição”; e o princípio da subsidiariedade, por força do qual o Estado só intervém diretamente nas hipóteses autorizadas na Constituição, ou seja, nos casos de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Para o autor, somente nessas duas situações é que o Estado está autorizado a explorar a atividade econômica; fora disso, o Estado pode intervir de maneira não prestacional, não diretamente na economia, conforme o art. 174 da CRFB.

(Regime de Concessão de Lavra) no que diz respeito à lavra, à tributação e à fiscalização.

Desse modo, apesar de a AGU defender que as minas manifestadas na forma do art. 10 do Código de Minas de 1934 (BRASIL, 1934) se sujeitam às mesmas penalidades aplicáveis às minas concedidas, inclusive a de caducidade, e mesmo sendo essa a prática realizada pelo DNPM, entende-se que o único meio possível de se perder a propriedade, seja ela de natureza especial ou não, é a intervenção drástica do Estado na propriedade, ou seja, a desapropriação ou a requisição. Extinguindo-se o manifesto de mina por caducidade, estará o Poder Público intervindo arbitrariamente na propriedade privada e na economia, ferindo mandamentos constitucionais basilares da nossa sociedade.

## Referências

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Regime constitucional do serviço postal legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222, p. 179-212, out./dez. 2000.

BRASIL. Decreto-lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei n. 1.985 (Código de Minas) de 29 de janeiro de 1940. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 fev. 1967.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Minas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 jul. 1934.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940. Código de Minas. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 jan. 1940.

\_\_\_\_\_. Parecer CGR n. L-022/1974, de 16 de agosto de 1974. Decretação de caducidade do manifesto de mina. Admissibilidade e processo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 ago. 1974.

\_\_\_\_\_. Parecer AGU n. GQ-45, de 7 de dezembro de 1994. Licitude da aplicação da sanção de caducidade aos Manifestos de Mina. As Minas Manifestadas na forma do art. 10 do Código de Minas de 1934 (Decreto n. 24.642, de 10.7.34) sujeitam-se às mesmas penalidades aplicáveis às Minas Concedidas, inclusive a de caducidade. A propriedade das Minas Manifestadas, de natureza especial, baseia-se na permanência da respectiva exploração, subordinada, portanto, a uma condição resolutive. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Parecer AGU n. GQ-171, de 9 de outubro de 1998. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 out. 1998.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. MS 9264/DF. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n. 200101000449162, de 26 de fevereiro de 2010. *e-DJF1*, Brasília, 26 fev. 2010.

FREIRE, William. *Comentários ao código de mineração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTOS, Lúcia Helena Alves dos. O direito minerário e o instituto do manifesto de mina. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1964, 16 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11965>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo 4-73. J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias. *EUR-Lex*, Luxembourg, 14 maio 1975.

# Recall, democracia direta e estabilidade institucional

RAPHAEL RAMOS MONTEIRO DE SOUZA  
JOSÉ RIBAS VIEIRA

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Crise representativa e ampliação da participação popular. 3. Funções e riscos do *recall*. 4. Parâmetros normativos ante efeitos sistêmicos: da Califórnia ao novo constitucionalismo latino-americano. 5. O caso brasileiro: insuficiência das propostas no Congresso Nacional. 6. Considerações finais.

Raphael Ramos Monteiro de Souza é mestrando na UFRJ. Especialista pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Colaborador do Observatório da Justiça Brasileira. Advogado da União.

José Ribas Vieira é professor associado da UFRJ, professor titular da Universidade Federal Fluminense e professor adjunto da PUC-Rio. Pós-doutor pela Université Montpellier I, doutor e mestre pela UFRJ e mestre pela Ohio University. Pesquisador-líder do Observatório da Justiça Brasileira.

## 1. Considerações iniciais

A irrupção de manifestações populares surpreendeu o País em 2013, e configurou um movimento sem precedente na história da redemocratização brasileira. Assim como ocorrera em diversos outros locais – da Tunísia à Espanha, passando pelos Estados Unidos e Turquia – os protestos foram marcados por uma estrutura informal-horizantal e por contemplar uma pauta difusa de reivindicações<sup>1</sup>.

No Brasil, entre outras demandas como melhorias na saúde, educação e segurança, pode-se afirmar que a ocupação do espaço central das cidades, que contou com amplo apoio dos cidadãos<sup>2</sup>, esteve intimamente ligada ao descontentamento generalizado com a condução do múnus público – em outras palavras, com a denominada crise de representa-

---

<sup>1</sup> Trata-se de uma lógica comum a tais fenômenos de contestação, impulsionados pelas novas tecnologias e sem lideranças tradicionais, independentemente dos rastilhos que lhes deram causa, como a crise financeira, os regimes autoritários ou a violência policial (CASTELLS, 2012, p. 21-32).

<sup>2</sup> Mesmo aqueles que não que participavam dos atos lhes eram favoráveis, apontaram pesquisas (JUNGMANN, 2013).

tividade, sintetizada pela ruptura de confiança na relação dos eleitores com candidatos e partidos.

Em reação à efervescência das mobilizações, foram resgatados diversos temas de reforma no plano político-normativo, tais como financiamento de campanhas; fim do voto secreto nas votações do Congresso; extinção da suplência de senador; o sistema eleitoral; e coligações partidárias. Tópicos que oscilaram no debate entre a (des)necessidade de convocação de uma assembleia constituinte exclusiva até um plebiscito ou mesmo referendo. Nenhum deles levados a termo, até o momento, no âmbito do conjunto de medidas legislativas de “resposta às ruas”<sup>3</sup>.

Interessante ressaltar, todavia, que uma sugestão formulada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, passou quase despercebida em meio à profusão de acontecimentos. A mais alta autoridade do judiciário nacional defendeu a introdução da revogação de mandatos (*recall*) (RECONDO, 2013) e, conquanto ainda não tenha encontrado a devida ressonância nos meios políticos e sociais, trata-se de um instituto que merece ser examinado, sob o ângulo jurídico-constitucional. É este, pois, o objeto do presente trabalho.

Para tanto, adota-se a perspectiva teórica institucional, notadamente, no viés de seus efeitos sistêmicos e das propriedades emergentes, tais como desenvolvidos por Adrian Vermeule

(2007, 2011). Do mesmo autor, trabalha-se com a concepção de aperfeiçoamentos pontuais no desenho democrático, com vistas à promoção de valores como a responsabilidade, a transparência e a deliberação.

No que tange à estruturação, de início, propõe-se a abordagem das funções e riscos do mecanismo ante o quadro da denominada crise de representação. Em seguida, avaliam-se os parâmetros do instrumento de participação, de modo a se evitar a produção de consequências indesejadas, a exemplo da instabilidade e da imobilização das instituições. Nesse quadro, recorre-se ao método comparativo, a partir dos paradigmas de voto de destituição contidos na Constituição da Califórnia – emblemática, tanto pela longa existência (1911) como pelo recente acionamento (2004) – e, sob critério temporal, no novo constitucionalismo latino-americano, ilustrado pelas Cartas da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Chega-se, finalmente, ao cotejo das iniciativas acerca da matéria no Congresso Nacional desde a promulgação da atual Constituição (CRFB/1988), mediante reflexões relativas às peculiaridades do caso brasileiro, analisando-se o conteúdo daquelas propostas de emenda constitucional (PECs), à luz da prevenção de efeitos sistêmicos indesejados.

## 2. Crise representativa e ampliação da participação popular

Estudar a ampliação dos canais de participação direta nas democracias contemporâneas demanda, primeiramente, pontuar o debate relativo a aspectos da denominada crise de representação. Vale dizer, do fenômeno marcado pelo distanciamento entre eleitores representados e candidatos e partidos eleitos, aliado à concentração de poder (AIETA, 2006, p. 9,

<sup>3</sup>Na exata expressão de seção especial do sítio do Senado. Entre as proposições iniciais mais significativas, apenas duas tiveram parcial avanço: a) a relativa à extinção do voto secreto em todas as decisões parlamentares (PEC nº 349/2001) foi aprovada na Câmara e encaminhada ao Senado, após o clamor ante a manutenção de mandato de condenado criminalmente. Não obstante, aventa-se ser mais provável a abertura do voto apenas nas hipóteses de cassação de parlamentar (PEC nº 196/2012) e; b) redução do número de suplente de Senador de dois para um, vedando-se a assunção por cônjuge ou parente consanguíneo até segundo grau (PEC nº 11/2003); aprovada pelos os representante dos Estados e pendente de análise na Câmara.

117). Caracterizado, igualmente, pela prevalência de uma política de composições sobre aspectos ideológicos (SARTORI, 2003, p. 104-105). Tal desgaste revela-se, ainda, pela indiferença dos mandatários frente a temas centrais para a população, ausência de compromissos e coerências programáticas, sucessivos episódios de abusos e desvios, entre outros.

Panorama que tem como consequência um quadro de frustração indiscriminada com a classe política, não raro, a de pior avaliação nas sondagens de opinião acerca da confiança nas instituições<sup>4</sup>. Não se trata de um problema exclusivamente brasileiro, dado que as turbulências que promovem a fragilização do liame político também ocorrem em outros países, ao somarem a incapacidade de atendimento das expectativas dos cidadãos à erosão de credibilidade e aos casos de corrupção (CHEVALLIER, 2009, p. 189-191).

Dessa maneira, na linha desenvolvida por Bonavides (2009, p. 64-66), a via segura a fim de estancar a crise e iniciar a regeneração do modelo de representação consiste em incrementar a legitimidade do povo, de onde todo o poder emana, mediante a democracia participativa. Qualquer projeto de reforma política deve, portanto, conceder “parcela nova ou adicional de competência participativa no desempenho direto da soberania”.

No que se refere aos instrumentos de soberania para além do sufrágio direto –plebiscito, referendo e iniciativa popular –, pode-se afirmar que, até o momento, a ativação do que previsto art. 14 da Constituição é bastante tímida<sup>5</sup>. A propósito, a regulamentação feita pela Lei nº 9.709/1998 exige um quórum elevado para edição de decreto legislativo de convocação de consultas. Ao requerer um terço de membros das Casas do Congresso Nacional, chega a ser similar a uma proposta de emenda à Constituição, a espécie de maior rigidez no processo normativo brasileiro.

Noutro giro, tradicionalmente, a ideia de responsabilidade é ínsita no regime republicano. De modo que aqueles que desempenham funções eletivas devem, como contrapartida ao poder investido, submeter-se a permanente controle, seja na esfera político-administrativa, civil, eleitoral

---

<sup>4</sup> Na última pesquisa do gênero, de um total de vinte instituições, o Congresso Nacional e os partidos políticos ocupam, respectivamente, a penúltima (29%) e a última colocação (25%). *JCS - Índice de Confiança Social*. Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística. Disponível em <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx>>. Acesso em 12 out. 2013.

<sup>5</sup> Em âmbito nacional, em 25 anos de vigência da atual Constituição, convocaram-se apenas duas consultas populares: o plebiscito sobre forma e sistema de governo (1993), em observância ao art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT; e o referendo quanto à vedação do comércio de armas de fogo (2005), em cumprimento ao art. 35 da Lei Federal nº 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento. No tocante à iniciativa popular, quatro projetos venceram etapas até a promulgação, e o mais significativo deles é a Lei Complementar nº 135/2010 – Lei da Ficha Limpa.

e penal (ATALIBA, 2007, p. 66-67)<sup>6</sup>. Em tempos mais recentes, some-se a isso o aprofundamento da dimensão de fiscalização e de prestação de contas presentes no conceito de *accountability*, de origem estadunidense, tido como meta estrutural-institucional a ser perseguida por governos democráticos (FEREJOHN, 1999, p. 131-132).

Assim, em uma primeira leitura, o *recall* parece agregar essas duas noções centrais: participação e responsabilidade. Nesse prisma, a possibilidade de revogação popular de mandatos é tratada, por vezes, como o “suprassumo da democracia” (SIMON, 2009). A par das diversas virtudes do mecanismo, contudo, é preciso não perder de vista que sua mera previsão é capaz de ensejar um fator de instabilidade institucional, como efeito sistêmico, caso inexistam cláusulas de contenção. Este é objeto do tópico a seguir.

### 3. Funções e riscos do *recall*

A fim de analisar os aspectos favoráveis e contrários do mecanismo sob o ponto de vista de teoria institucional, nos moldes propostos, é preciso assentar um dos elementos centrais dessa concepção, notadamente, a indispensável consideração dos efeitos sistêmicos<sup>7</sup>. Em suma, toda ação ou tomada de decisão por parte dos atores institucionais deve avaliar a produção de

custos ou conseqüências indesejadas, com vistas a minorar os respectivos riscos.

Conforme aponta Vermeule (2011, p. 50-51), tais efeitos não devem ser negligenciados também em vista das múltiplas interações entre as variáveis jurídicas e políticas, das quais podem emergir propriedades globais diversas daquelas, caso sejam isoladamente consideradas. Em outras palavras, determinada regra pode ser avaliada como democraticamente ideal, fora do conjunto de aplicação ou sem tomar em contar os demais elementos que a condicionam; entretanto, ante os resultados práticos, deve sofrer limitações a fim de se chegar a ponto ótimo. Daí por que se entende que deve haver uma calibragem na instauração de meios de participação direta, especificamente, no uso do voto revocatório.

Adotada esta premissa, em primeiro plano, são enfocados os aspectos tidos como positivos do instrumento. Considera-se que a revogação de mandatos funciona como válvula de escape para momentos críticos de tensão democrática. Ou seja, em lugar de uma ruptura extrema, o sistema ofereceria a oportunidade de retirada dos agentes políticos que se revelassem em flagrante descompasso com a vontade dos eleitores. Diferentemente de outros mecanismos de feição acentuadamente jurídica, como o *impeachment* que geralmente reclama pressupostos próprios, o procedimento revela caráter marcadamente político, configurando alternativa de mais simples acionamento (AIETA, 2002, p. 165; CRONIN, 1999, p. 135).

A incorporação do mecanismo revocatório ajusta-se, por conseguinte, à ideia desenvolvida por Vermeule (2007, p. 7) no sentido da introdução de aperfeiçoamentos pontuais no desenho democrático, mediante novos arranjos com vistas à promoção de valores como a responsabilidade, a transparência e a deliberação. Como mencionado, ele possibilita um estímulo

<sup>6</sup> A título de ilustração - sem exauri-los, ante os limites do estudo -, o regime brasileiro apresenta diferentes mecanismos de resposta, a depender do campo de ilicitude e da função exercida pelo agente, tais como: crimes de responsabilidade ou *impeachment* (art. 85 da CFRB/1988, Lei Federal nº 1.079/1950, Decreto-Lei nº 201/1967); ação civil pública por improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CFRB/1988 e Lei Federal nº 8.429/1992); perda de mandato por ato incompatível com o decoro parlamentar (art. 55 da CFRB/1988); e ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, §§10º e 11, da CFRB/1988).

<sup>7</sup> O outro elemento-chave para essa abordagem é a capacidade institucional, vale dizer, o conjunto de atributos e variáveis que habilitam determinado órgão a bem desempenhar uma função, viés que não será objeto do estudo (VERMEULE; SUNSTEIN, 2003, p. 888, 933).

à participação e ao monitoramento mais estreito das atividades dos representados, cientes estes da necessidade de se lançar luzes sobre sua atuação, aproximando-a da observação e da crítica dos titulares do poder.

Evita-se, ainda, que o eleitorado permaneça obrigado a ser governado até o final do mandato por indivíduo de atuação representativa apartada de aceitabilidade mínima. De igual forma, impulsiona padrões de comportamento ético-político que observem, de fato, os critérios admitidos pelo eleitorado, em constante alerta face à circunstância de possível remoção do eleito (COLEMAN, 2011, p. 7).

No argumento delineado por Urbinati (2006, p. 192, 208-209), o *recall* consiste em uma das expressões do “poder negativo” do povo soberano, que lhe “permite investigar, julgar, influenciar e reprovar seus legisladores”. De maneira que, “sensatamente regulado”, tem potencial para cumprir a finalidade de “deter, refrear ou mudar um dado curso de ação tomado pelos representantes eleitos”, habilitando-se solução caso verificada seleção errônea.

Além disso, permite a expansão de um controle contínuo por parte dos cidadãos, na medida em que os dota de um poder que não requer a espera do pleito seguinte para exercício. Nesse contexto, o *recall* é visto como um “remédio para os defeitos da democracia representativa” (CRONIN, 1999, p. 133). Como todo antídoto, porém, sua dosagem deve ser ministrada com prudência.

Dessa maneira, aponta-se a existência de sérios riscos associados ao uso indiscriminado da medida. As ressalvas variam desde a independência no exercício do mandato até os abusos na deflagração por parte de grupos de oposição, passando pelos próprios custos do procedimento.

Em relação ao livre desempenho da representação, alega-se que os governantes ficariam receosos em adotar ações necessárias, porém impopulares, tornando-se escravos da emoção popular do curto prazo (CRONIN, 1999, p. 129). Esse desencorajamento poderia conduzir a medidas meramente populistas, ainda que desastrosas do ponto de vista fiscal, por exemplo.

Uma segunda preocupação seria a de saber se a possibilidade de revogação resgataria nuances próprias de mandatos imperativos – na forma rejeitada pela Assembleia Constituinte Francesa de 1791<sup>8</sup>. Tal espécie eletiva caracteriza-se por contornos quase contratuais, no qual o mandatário torna-se um autômato cumpridor de ordens, reduzido a margens mínimas

---

<sup>8</sup> Art. 7º: Os representantes eleitos nos parlamentos não serão representantes de um departamento particular, mas de toda a nação e nenhum mandato lhes poderá ser atribuído (tradução livre). “*Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d’un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat*”.

de atuação. Era o que ilustrava o Anteprojeto de Constituição Brasileira de autoria do jurista Fábio Konder Comparato (1987, p. 21, 105), no qual se defendia a introdução do modelo de subordinação, mediante compromissos que deveriam ser formalmente aceitos por ocasião do registro das candidaturas<sup>9</sup>.

O autor defendia que, na realidade, os interesses de grupos específicos já estavam albergados de maneira oficiosa. Daí porque seria preferível que tais vínculos parlamentares fossem colocados às claras<sup>10</sup>. Radical, o dispositivo previa, inclusive, sanções criminais em caso de admissão de voto em descompasso com o programa prometido<sup>11</sup>.

Por sua vez, o mandato representativo é livre de qualquer sujeição e exercido no interesse da generalidade – ao menos em tese, uma vez que, como se sabe, há uma intensa atuação das denominadas bancadas, a congregar posições corporativas ou religiosas, entre outras. Ainda assim, embora não vinculado expressamente a determinadas visões, o eleito não deixa de se revestir de um grau de fidedelidade na relação com o eleitorado, mediante condutas mínimas de probidade e eficiência, sob pena da falta de sintonia típica da crise de representatividade. Daí porque reputa-se que a destituição é compatível com o modelo de representação, inafiançado a instruções

---

<sup>9</sup> Art. 111 (...) § 2º A lei regulará as condições de admissibilidade de mandatos imperativos, com a cominação de sanções pelo descumprimento das exigências fixadas pelo eleitor e aceitas pelo candidato, por ocasião do registro de sua assinatura.

<sup>10</sup> Bobbio (2009, p. 151-155) também anota que, na prática, a vedação do mandato imperativo é inoperante, soando “falsa ou ridícula” a ideia da unidade representativa superpartes, tanto pela força dos grupos de pressão sobre os partidos como ante o fato de que o voto de opinião tem cedido espaço ao de permuta.

<sup>11</sup> Art. 115 (...) § 2º Constitui crime, definido em lei complementar, a aceitação, pela Mesa, de voto de parlamentar que ela sabe ter sido dado em violação da norma do parágrafo anterior [voto pessoal e intransferível, vedada] ou de mandato imperativo, na forma regulada em lei.

(URBINATI, 2006, p. 192, 208-209). Além disso, eventual revocatória deve demandar uma chancela de alto percentual dos cidadãos, justamente para obtemperar interesses de grupos contrastantes, sem asfixia das minorias.

Sabe-se, a propósito, que a finalidade das regras submajoritárias relativas a quórum de votação é viabilizar às correntes minoritárias a ativação de procedimentos que conduzam à fiscalização do exercício de poder pela maioria governante, conferindo-se oportunidade de agenda entre os grupos políticos (VERMEULE, 2007, p. 89-91). Não obstante, na hipótese do *recall*, tal arranjo numérico deve tomar a cautela de não banalizar a possibilidade de sua utilização, sob pena de retirar o caráter extraordinário do instituto. Dito de outra maneira, pela magnitude democrática do processo, pela perturbação à continuidade dos mandatos – sobretudo do Poder Executivo –, pela intensidade de esforços de todos interessados, próxima à paralisia institucional, não é recomendável que se torne um instrumento corriqueiro de oposição, terceiro turno ou mera revanche eleitoral. Portanto, a imposição de número mínimo de assinaturas elevado é uma forma de se prevenir representantes eleitos dos efeitos sistêmicos contidos nos excessos decorrentes das disputas partidárias (CRONIN, 1999, p. 135).

Outra variável que não pode ser desprezada diz respeito ao custo de articulação da justiça eleitoral para a convocação dos eleitores em eventual consulta (COLEMAN, 2011, p. 7). A título de exemplo, em âmbito nacional, estima-se que seja necessário mobilizar R\$ 500 milhões para realização de votação nos moldes plebiscitários (ZAMPIER, 2013). Razão pela qual não é conveniente realizar uma revogação próxima ao término do mandato, quando já se avizinha novas eleições, havendo a previsão de um período vedado em boa parte das normatizações acerca do instituto.

Examinados os principais aspectos dos defensores e dos reticentes à introdução do mecanismo, passa-se, na seção seguinte, ao estudo das variáveis normativas do *recall* em alguns dos sistemas mais emblemáticos que o instituíram, seja pelo critério da proximidade temporal e geográfica, seja pelo fator relativo à efetiva utilização.

#### **4. Parâmetros normativos ante efeitos sistêmicos: da Califórnia ao novo constitucionalismo latino-americano**

Conhecer as experiências legislativas daqueles ordenamentos que optaram por oferecer o instrumento revocatório de mandatos, contemplando respostas à frustração dos eleitores, é caminho natural para uma segura reflexão. Vale lembrar que uma teoria democrática da representação deve ser capaz de dar conta dos eventos de continuidade, mas também dos de crise, como sucede em momentos de quebra de confiança (URBINATI, 2006, p. 209). Atualmente, há notícia de mais de dezenove estados e cem municipalidades estadunidenses que o adotam, em alguma medida, além de cantões suíços e, desde 2009, também as Filipinas. Consta que, nos últimos anos, o debate chegou a ser travado inclusive no parlamento britânico, com apoio dos principais partidos (COLEMAN, 2013, p. 11).

Para fins da presente pesquisa, optou-se por um recorte inicial que ilustrasse cinco regramentos constitucionais distintos. Assim, será perquirida a Constituição do Estado da Califórnia – EUA, representativa não apenas pela longa existência (1911) como pelo recente acionamento (2004), em eleição que culminou com a ascensão ao poder do ex-ator Arnold Schwarzenegger.

De igual forma, muitas vezes ignorada pelos brasileiros, a experiência constitucional recente

dos vizinhos latino-americanos apresenta normatizações interessantes relacionadas à revogação de mandato eletivo. Com efeito, a nova estruturação político-jurídica desses países decorre de movimentos emancipatórios, caracterizados por “uma radicalização democrática sem precedentes” (OLIVEIRA; GOMES, 2011, p. 334). Nesse cenário, o instituto de participação encontra-se previsto nas Cartas da Colômbia, da Venezuela, do Equador e da Bolívia.

Na primeira e na última, respectivamente, há necessidade de motivação do pedido, seja pela insatisfação geral da população ou descumprimento do programa de governo, seja pela prática de faltas gravíssimas. Nas demais não é exigida. O quórum para convocação varia de 10% dos eleitores no Equador a 40% dos votos válidos na Colômbia, a de tratamento mais rígido. Muito embora seja reconhecido aos partidos de oposição um relevante papel na fiscalização das democracias contemporâneas<sup>12</sup>, entende-se que um quórum elevado neutraliza eventual aspecto puramente político-partidário incida sobre a revogação de mandatos.

Comum a esses países latino-americanos é a cláusula de vedação temporal para a realização de *recall*. Como visto, esse elemento é dotado de extrema relevância para fins de mitigação dos efeitos sistêmicos do acionamento indiscriminado do mecanismo, tanto à luz da estabilidade política como dos respectivos custos materiais. Algo que não é previsto no estado da Califórnia. Portanto, antes do primeiro ano de mandato, ou mesmo da primeira metade (Venezuela e Bolívia), assim como no último ano (Equador e Bolívia), não é permitido deflagrar-se o procedimento revocatório. O mesmo raciocínio é válido para o número de processos revocatórios per-

---

<sup>12</sup> Sobretudo em governos de coalizão, nas quais há prevalência do partido central nos ramos políticos de poder. (LEVINSON; PILDES, 2006, p. 55-56).

mitidos, em regra, apenas uma oportunidade por mandato. Na Califórnia, contudo, basta que haja transcorrido um intervalo de seis meses desde a última petição. Uma vez mais, nota-se a

preocupação de as Constituições mais recentes na fixação de balizas limitadoras ao mecanismo.

Segue um quadro-resumo dos principais aspectos da revogação nos sistemas mencionados:

**TABELA 1 – COMPARATIVO ENTRE ALGUNS MODELOS DE RECALL**

	Califórnia	Colômbia	Venezuela	Equador	Bolívia
<i>Ano da Constituição</i>	1911	1991	1999	2008	2009
<i>Quórum para convocação</i>	12% dos votantes da última eleição; mínimo de 5 municípios, 1% em cada	40% dos votos válidos	20% dos eleitores	10% dos eleitores	15% dos eleitores
<i>Motivação</i>	–	a) insatisfação geral da população; b) descumprimento de programa de governo	–	–	Faltas gravíssimas
<i>Procedimento</i>	Petição padrão; 160 dias: coleta de assinaturas; defesa escrita; 60 a 80 dias: votação	Somente os votantes podem participar; necessários 60% para revogação	Revogação: nº de votantes superior ao do cargo revogado. Participação: 25%	Realização: em 60 dias maioria absoluta dos votos válidos ou dos eleitores (Pres. da Rep.)	Iniciativa popular
<i>Vedação temporal</i>	–	Antes do primeiro ano de mandato	Antes da primeira metade do mandato	Antes do primeiro e no último ano de mandato	Antes da primeira metade do mandato e no último ano
<i>Cargos revogáveis</i>	Todos; quórum de 20% para deflagração contra juizes, senadores e deputados	Governadores e Prefeitos	Todos	Todos	Todos
<i>Eleições simultâneas</i>	Sim	Sim, em 30 dias	Não, suplência	Não, suplência	Não; mas no caso do Pres. e Gov., vice assume para convocar eleições em 90 dias
<i>Reedições</i>	6 meses	Uma vez por mandato	Uma vez por mandato	Uma vez por mandato	Uma vez por mandato
<i>Dispositivos</i>	Art. II, Seção 14 a 18	Arts. 40, 130 e 259 Leis nºs 134/1994 e 741/2002	Arts. 6º, 70, 72, 197, 198 e 233	Arts. 61, 105, 106 e 145	Arts. 11, 157, 170, 171, 195, 240 e 286

É preciso ter em mente, reafirme-se, que a conclusão dos mandatos no termo previsto deve ser a regra geral, o comum, o comportamento padrão. Há quem sustente até a existência de um direito fundamental dos governantes à regular observância calendário eleitoral, de maneira que o direito ao voto e à participação popular direta deveria ser por ele condicionado (AMAR, 2004, p. 950-951). Percepção correta, desde que não tomada em caráter absoluto. Excepcionalmente, dentro de certos limites, o *recall* é capaz de ameaçar romper essa zona de segurança dos eleitos e promover os benefícios democráticos que promete. Vistos os mencionados parâmetros, chega-se ao estado da arte legislativa no Brasil.

## 5. O caso brasileiro: insuficiência das propostas no Congresso Nacional

O presente tópico cuidará do exame das propostas de emenda constitucional (PECs) já apresentadas no Congresso Nacional acerca dessa matéria. De plano, saliente-se que não são numerosas, decorridos 25 anos desde a promulgação da CRFB/1988. A rigor, foram identificadas apenas quatro, de acordo com pesquisa realizada na seção de acompanhamento legislativo disponível nos sítios da Câmara dos Deputados e do Senado Federal<sup>13</sup>.

São elas, em ordem cronológica, *i*) PEC nº 80/2003 (Sen. Antônio Carlos Valadares – PSB/SE), *ii*) PEC nº 82/2003 (Sen. Jefferson Peres – PDT/AM); *iii*) PEC nº 73/2005 (Sen. Eduardo Suplicy – PT/SP) – iniciadas na Câmara Alta –, além da *iv*) PEC nº 477/2010 (Dep. Rodrigo Rollemberg – PPS/DF), cuja iniciativa ocorreu na Câmara dos Representantes do Povo. Somente a primeira e a terceira estão com tramitação

ativa, pendentes da análise pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado. As outras duas foram arquivadas por ocasião do término da respectiva legislatura<sup>14</sup>, fato que não lhes retira o interesse para a reflexão teórica.

Vale registrar, a propósito, que o tema do instrumento revocatório chegou a ser discutido na Assembleia Constituinte dos anos 80, sobretudo pelo trabalho do deputado Lysâneas Maciel, entusiasta da matéria (AIETA, 2006, p. 99). Ademais, nas primeiras constituições estaduais da República, havia previsão de o mandato poder ser “cassado pela maioria dos eleitores”, a exemplo do Rio Grande do Sul (1891), de Goiás (1891) e de Santa Catarina (1892 e 1895) (PORTO, 2000, p. 333-335).

Chama a atenção a diversidade terminológica com que cada uma das iniciativas recentes trata o fenômeno do *recall*, a saber, respectivamente: direito de revogação individual e coletivo; plebiscito de confirmação de mandato; referendo revocatório e plebiscito destituente. Em comum a todas as justificativas apresentadas para a incorporação, figuram tanto a ideia de aprimoramento da democracia brasileira como a referência à previsão do instituto em unidades estadunidenses e nas novas constituições latino-americanas.

No aspecto topográfico, à exceção da PEC nº 82/2003, as demais gravitam em torno da redação ou acréscimo ao art. 14 da Constituição (soberania popular). A proposição do Sen. Jefferson Peres, por outro lado, envolve diretamente os dispositivos dos cargos majoritários, a saber, art. 28 (Governadores), art. 29 (Prefeitos); art. 55 (Senadores) e 82 (Presidente da República).

Em relação aos cargos revogáveis, também a PEC nº 477/2010 os circunscreve aos eleitos pelo

<sup>13</sup> Os termos utilizados na busca foram “recall”; “revogação” e “mandato”, sem distinção no que diz respeito a projetos em tramitação ou arquivados.

<sup>14</sup> Assim preveem os Regimentos Internos da Câmara (art. 105) e do Senado (art. 332).

sistema majoritário, muito embora não inclua o de Presidente da República. Se a exceção do Chefe do Executivo parece não encontrar discrímen justificado, a exclusão dos eleitos pelo regime proporcional parece adequada, dada as particularidades desse sistema.

Marcado pela distribuição de vagas a partir de fórmulas como a do quociente eleitoral e partidário<sup>15</sup>, bem como pelo voto de legenda, o atual modelo para deputados e vereadores nem sempre contempla os candidatos mais votados, particularidade que o torna pouco compatível com a lógica inerente à revogação de mandatos. Haveria, portanto, a ameaça de grupos dominantes provocarem o *recall* pela mobilização votos da maioria, alijando-se representantes de posições políticas e sociais minoritárias. Não por outra razão, alguns constituintes originários concluíram pela sua incompatibilidade, considerando não ser possível “aferir a vontade proporcional do eleitorado”<sup>16</sup> (AIETA, 2002, p. 165).

Esta realidade acarreta duas angulações adicionais. Uma, o desequilíbrio em termos pragmáticos, pois dificilmente seria aprovada emenda que introduzisse a revogação no legislativo apenas para o Senado Federal, sem replicá-la na Câmara dos Deputados, nos Assembléias Legislativas e nas Câmara dos Vereadores. Não se pode olvidar, no ponto, a variável da auto-preservação, um dos maiores óbices a qualquer

reforma política, presente no “desinteresse pela mudança por parte daqueles que exercem o mandato popular e são incumbidos de votá-la” e que “temem mudar o sistema, o processo pelo qual se elegeram (e pretendem e pensam em reeleger-se!), para outro, cujas consequências ignoram, e temem a derrota” (CORRÊA, 1996, p. 109).

Outra, correlata, no sentido da necessária modificação do sistema proporcional, como pela adoção do voto por distritos menores que, em tese, permitiriam maior proximidade e identificação com o eleitor<sup>17 18</sup> (RECONDO, 2013). Esta é a razão pela qual, em um primeiro momento, as propostas que adotassem o *recall* apenas para os chefes do Executivo não demandariam outras inovações na configuração político-eleitoral brasileira.

De outro viés, ainda no que diz respeito aos deputados, a PEC nº 80/2003 e a PEC nº 73/2005 chegam ao extremo, prevendo a possibilidade de dissolução popular da Câmara Baixa – não obstante reconheçam que a figura transplantada é própria dos regimes parlamentares e, ainda assim, típica pelo Chefe do Poder Executivo.

A fim de facilitar a visualização das iniciativas, segue quadro com síntese das alterações propostas no Congresso Nacional para se prosseguir com uma abordagem crítica dos principais pontos de vulnerabilidade institucional, na ótica até aqui desenvolvida:

---

<sup>15</sup> Na definição do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965): “Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior; Art. 107. Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração; 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido”.

<sup>16</sup> Justificativa apresentada pela então Dep. Federal Lídice da Mata.

---

<sup>17</sup> Ponto salientado pelo Min. Joaquim Barbosa.

<sup>18</sup> No curso do trabalho, sobreveio notícia de que Grupo de Trabalho da Câmara dos Deputados, criado para debater a Reforma Política, “depois de longo debate e muitas divergências”, aprovou um novo sistema eleitoral, distrital – não majoritário, mas sim proporcional (RICHARD, 2013). A exploração de todas as nuances do futuro anteprojeto desborda os limites do presente estudo. Todavia, pode-se afirmar que a circunscrição reduzida que fomenta a fiscalização e a responsabilidade é consentânea com uso democrático da revogação – desde que, uma vez mantida a proporcionalidade, se produza fórmula que não dispense a participação dos votos minoritários.

**TABELA 2 – PECs SOBRE REVOGAÇÃO DE MANDATOS**

	PEC nº 80/2003	PEC nº 82/2003	PEC nº 73/2005	PEC nº 477/2010
<i>Autor</i>	Sen. Antônio Carlos Valadares (PSB/SE) e outros	Sen. Jefferson Peres (PDT/AM)	Sen. Eduardo Suplicy (PT/SP)	Dep. Rodrigo Rollemberg (PPS/DF)
<i>Objeto da proposta e dispositivos alterados</i>	Altera art. 14 da CRFB; cria dois novos institutos da democracia participativa: o <i>Direito de Revogação</i> individual e coletivo, além do Veto Popular.	Altera os arts. 28, 29, 32, 55 e 82 da CRFB: <i>plebiscito de confirmação</i> de mandato; eleitos em pleito majoritário	Altera arts. 14 e 49 da CRFB e acrescenta o artigo 14-A, ( <i>referendo revocatório do mandato</i> de Presidente da República e de Congressista)	Acrescenta o artigo 14-A na CRFB ( <i>Petição destituente, plebiscito destituente</i> ) e dá outras providências
<i>Cargos revogáveis</i>	Todos	Apenas eleitos em pleito majoritário	Pres. da República, Deputados e Senadores	Senador, Governador e Prefeito
<i>Motivação</i>	–	–	–	a) improbidade adm.; b) malversação e desvio de recursos; c) atos incompatíveis com exercício responsável, ético e transparente da função; e d) contrariedade aos princípios constitucionais republicanos.
<i>Quórum para convocação</i>	Não detalha	10% dos eleitores	2% do eleitorado, em 7 estados, mínimo de 0,5% em cada; Pres. Rep.: também pode ser convocado por maioria absoluta dos membros do CN	10% dos eleitores
<i>Procedimento</i>	Não detalha	Caso não confirmado o mandato, este se encerra no janeiro seguinte; exige-se maioria absoluta para o Presidente	Senadores: eleitores do respectivo estado CN: eleitorado nacional, com novo pleito em 3 meses. Iniciativa popular, competência TSE	Petição ao STF, com indicação de motivos e lista de eleitores; 30 dias para admissibilidade; parecer irrecorrível do Pres. do STF; plebiscito em 60 dias; maioria absoluta
<i>Vedação Temporal / Reedições</i>	–	Previsão única, na eleição intermediária (metade do período) / uma vez por mandato	No primeiro ano / uma vez por mandato	–
<i>Eleições simultâneas</i>	–	Sim	Não, assume vice ou suplente	Não, assume vice ou suplente em 48 horas

	PEC nº 80/2003	PEC nº 82/2003	PEC nº 73/2005	PEC nº 477/2010
<i>Principais andamentos</i>	25.3.10 – CCJ opina pela prejudicialidade, ante voto favorável à PEC 73/2005; 17.3.11 – Desarquivada 26.9.13 – <i>Novo relator na CCJ</i>	25.3.10 – CCJ opina pela prejudicialidade, ante voto favorável à PEC 73/2005; 15.02.11 – <i>Arquivada</i>	17.3.11 – Desarquivada 16.09.2013 – Pronto para <i>pauta CCJ</i> , Parecer do relator (Sen. Romero Jucá) pela rejeição	31.01.2011 – <i>arquivada</i>

Em relação ao quórum, a par da PEC nº 80/2003 não detalhá-lo, as outras três propostas fixam uma quantidade relativamente baixa para convocação, de até 10% dos eleitores. Ainda que se argumente com a dificuldade de coleta e de conferência de assinaturas dos interessados, não se pode perder de mira processo de avanço tecnológico da certificação digital e infraestrutura de chaves públicas. Sua futura adoção pode facilitar sobremaneira os instrumentos de participação popular<sup>19</sup>. De forma que a exigência de um percentual mínimo mais elevado seria compatível com a ideia de *ultima ratio* do mecanismo, evitando-se seu manejo de forma indesejada.

No que concerne ao período temporalmente vedado, as PECs nºs 80/2003 e 447/2010 nem a mencionam; a PEC nº 73/2005 bloqueia o ano inicial mas não o de término; e a PEC nº 82/2003 apenas uma autoriza a revogação na metade do período do cargo. Pelos motivos mencionados, é recomendável que os mandatos sejam imunizados ao começo e final. De início, pois se garante a tomada de decisões no exercício do mandato, articulação e produção de resultados. Na conclusão dos meses derradeiros, em virtude dos custos associados ao procedimento

e à proximidade das eleições seguintes. Soaria contraproducente uma revogação para eventual substituto ser chamado a completar mandato tão curto.

Apenas a PEC nº 447/2010 estabelece um rol de quatro condutas aptas a suscitar o instrumento: improbidade administrativa; malversação e desvio de recursos; incompatibilidade com exercício responsável, ético e transparente da função e; contrariedade aos princípios constitucionais republicanos. No ponto, entende-se que a melhor operacionalização do mecanismo prescinde da indicação de motivos específicos. A uma, pelo caráter aberto e de difícil tipificação, a depender do caso concreto. A duas, pelo manifesto risco de judicialização, tendo em vista tanto a atuação do Supremo Tribunal Federal na fase de admissibilidade como as eventuais impugnações para verificar a hipótese de incidência. Em tudo contrários à celeridade que o procedimento do *recall* deve oferecer.

No tocante à previsão de eleições simultâneas ou sucessivas, somente a PEC nº 82/2003 as contempla. Ao permitir a assunção do vice ou do suplente, conforme o caso, as demais propostas pecam no aspecto de mobilização extrema que a destituição implica. Isto é, os eleitores que almejem a saída de um representado, decerto, não se concordariam com a permanência de indivíduos do mesmo grupo político do revogado. Daí por que se advoga a realização de nova escolha em curto prazo, como medida preven-

<sup>19</sup> Há, a propósito, uma série projetos no Congresso Nacional dispondo sobre a utilização de assinatura eletrônica nas leis de iniciativa popular: PL nº 2.024/2011; PLS nº 129/2010; PL nº 4.805/2009; PL nº 4.764/2009; PL nº 4.219/2008 e outros.

tiva a uma “conspiração de suplentes” – uma das justificativas para a rejeição do instituto na Assembleia Constituinte<sup>20</sup>.

A movimentação legislativa mais recente sobre tema ocorreu na PEC nº 73/2005, que recebeu parecer contrário do relator na Comissão de Constituição e Justiça – CCJ. Embora o Sen. Romero Jucá (PMDB/RS) tenha reconhecido “a possibilidade, e até a oportunidade, de reflexões sobre a adoção, no Brasil, do modelo de *recall*”, em setembro de 2013, também reputou alguns vícios como materialmente insuperáveis para a tramitação. Entre eles, a quebra de simetria, pelo fato de o projeto dispor apenas sobre o âmbito federal; a não previsão da perda de cargo do vice; a adoção de figura do parlamentarismo; e a impropriedade do referendo. A matéria pende de análise no colegiado.

No plano jurisprudencial, finalmente, cabe recordar que o Supremo Tribunal Federal declarou a infidelidade *partidária* como causa de perda do mandato parlamentar, conforme decidido nos Mandados de Segurança nºs 22.602, 22.603 e 22.604, de outubro de 2007 – os quais foram seguidos pela edição da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral. Guardadas as devidas distinções, as razões de decidir daquele julgado<sup>21</sup>, ensejariam a compreensão a favor também da constitucionalidade da revogação de mandato pelos próprios eleitores.

De toda sorte, constata-se que as PECs acima padecem de uma ou mais insuficiências nas categorias apontadas. Isto é, não observam

inteiramente cinco fatores centrais tendentes a minorar ou ampliar os efeitos sistêmicos indesejados da revogação de mandatos, os quais são correlatos: ao quórum de convocação; à cláusula de vedação temporal; aos cargos abarcados; à realização de pleito simultâneo ou sucessivo; e à exigência de motivação.

## 6. Considerações finais

O trabalho buscou examinar em que medida eventual aprovação de proposta de emenda constitucional prevendo a revogação de mandatos eletivos deve ser acompanhada de limitações temporais, materiais e procedimentais de utilização. Após repassar os argumentos favoráveis e contrários ao mecanismo, sob a ótica institucional dos efeitos sistêmicos, recorreu aos paradigmas normativos latino-americanos e californiano para, em seguida, concluir pela insuficiência das propostas brasileiras de emenda constitucional.

Na forma aqui até desenvolvida, tem-se como precisa a observação no sentido de que “há um déficit de democracia participativa que precisa ser resolvido. Só votar e esperar quatro anos não resolve mais. Uma reforma política que se concentre em ferramentas de participação popular pode ser a saída” (SAKAMOTO, 2013, p. 100).

Como ressaltam Urbinati e Manin (*apud* LANDEMOR, 2013), toda forma de manifestação popular – inclusive, no limite, os protestos mais extremados – pode configurar uma via para ilustrar posições que não estão sendo ouvidas nos canais políticos formais. Nessa linha, a participação atua como um controle do funcionamento do sistema representativo, além de poderoso incentivo para o encaminhamento de problemas recorrentes.

O Brasil vivenciou uma profusão de mensagens de indignação externadas pelos verdadei-

---

<sup>20</sup> Temor manifestado pelo Dep. Henrique Eduardo Alves (PMDB/RN), atualmente, no exercício da Presidência da Câmara (AIETA, 2002, p. 164).

<sup>21</sup> “[...] Considerou-se que o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão eleitor, mais do que um desvio ético-jurídico, representa, quando não precedido de uma justa razão, uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e o exercício legítimo do poder”. MS nº 26.602 e outros. Rel. Min. Eros Grau. *Informativo STF* nº 482, 10 out. 2007.

ros titulares do poder soberano, nas ruas e nas redes sociais, nos últimos meses, a funcionar como força revigorante e termômetro da relação democrático-representativa (URBINATI, 2006, p. 210). Talvez seja a oportunidade de refletir sobre uma resposta constitucional ousada como a introdução do instrumento revocatório. Desde que, como visto, mediante rigorosa cautela de se observarem as salvaguardas aqui enfatizadas, de cunho temporal, material e procedimental. Do contrário, a pretexto de servir de solução democrática para situações limites, o *recall* poderia produzir mais problemas, transformando-se em indutor de retaliações eleitorais, instabilidades e desperdício de recursos.

## Referências

AIETA, Vânia Siciliano. Recall e o voto destituínte. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 40, p. 157-170, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. *Mandato eletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMAR, Vikram David. Adventures in direct democracy: the top ten constitutional lessons from the california recall experience. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 3, p. 927-958, May 2004. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1952952](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1952952)>. Acesso em: 8 set. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Do ocaso do regime representativo à aurora da democracia participativa. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Org.). *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignación y esperanza: los movimientos sociales en la era de internet*. Tradução de Maria Hernández. Madrid: Alianza, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COLEMAN, Charley. *Recall elections*. London: House of Commons Library, 2011. Disponível em <<http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/briefings/snpc-05089.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *Muda Brasil: uma constituição para o desenvolvimento democrático*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CORRÊA, Oscar Dias. O sistema eleitoral que convém ao Brasil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (Coord.). *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CRONIN, Thomas E. *Direct democracy: the politics of initiative, referendum, and recall*. Cambridge: Harvard University, 1999.

FEREJOHN, John. Accountability and authority: toward a theory of political accountability. In: PRZEWORSKI, Adam et al. (Org.). *Democracy, accountability and representation*. Cambridge: Cambridge University, 1999.

JUNGMANN, Mariana. Manifestações nas ruas são aprovadas por 89% dos brasileiros. *Agência Brasil*, Brasília, 25 jul. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-07-25/manifestacoes-nas-ruas-sao-aprovadas-por-89-dos-brasileiros>>. Acesso em: 22 set. 2013.

LANDEMOR, Hélène. Is representative democracy really democratic?: interview of Bernard Manin and Nadia Urbinat. *La Vie des Idées*, New York, Mar. 2007. Disponível em: <[http://www.booksandideas.net/IMG/pdf/20080327\\_manin\\_en.pdf](http://www.booksandideas.net/IMG/pdf/20080327_manin_en.pdf)>. Acesso em: 19 out. 2013.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of parties, not powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=890105>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de Souza; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: CARVALHO, Flávia Martins; VIEIRA, José Ribas (Org.). *Desafios da Constituição: democracia e estado no século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. Brasília: UnB, 2000.

RECONDO, Felipe. Joaquim Barbosa defende recall de candidatos eleitos. *Estadão*, Brasília, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,joaquimbarbosa-defende-recall-de-candidatos-eleitos,1046908,0.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

RICHARD, Ivan. Grupo de trabalho da Câmara aprova proposta de novo sistema eleitoral. *Agência Brasil*, Brasília, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-10-17/grupo-de-trabalho-da-camara-aprova-proposta-de-novo-sistema-eleitoral>>. Acesso em: 28 out. 2013.

SAKAMOTO, Leonardo. Em São Paulo, o facebook e o twitter foram às ruas. In: ROLNIK, Raquel et al. *Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2013.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Tradução de Roberto Reyes Mazzoni. 3. ed. México: FCE, 2003.

SIMON, Pedro. Recall, o direito do cidadão revogar mandatos. *Notícias do Senado Federal*, Brasília, 25 set. 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senadores/Senador/pSimon/noticias1.asp?noticia=4751>>. Acesso em: 12 out. 2013.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução de Mauro Soares. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. Oxford: Oxford University, 2007.

\_\_\_\_\_. *The system of the Constitution*. Oxford: Oxford University, 2011.

\_\_\_\_\_; SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 885-951, Feb. 2003.

ZAMPIER, Débora. Plebiscito poderá custar R\$ 500 milhões aos cofres públicos. *Agência Brasil*, Brasília, 29 jun. 2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-06-29/plebiscito-podera-custar-r-500-milhoes-aos-cofres-publicos>>. Acesso em: 26 out. 2013.



# Violência de gênero

## Tipificar ou não o femicídio/feminicídio?

LUCIANA MAIBASHI GEBRIM  
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

### Sumário

1. Introdução. 2. Femicídio/feminicídio: abordagem conceitual e tipologias. 3. A tipificação nas legislações ibero-americanas. 4. Considerações a favor e contra a tipificação do femicídio/feminicídio. 5. Conclusão.

### 1. Introdução

A violência contra a mulher por razões de gêneros é histórica e tem um caráter estrutural, que se perpetua devido à sua posição de subordinação na ordem sociocultural patriarcal. Tal relação de poder, baseada em padrões de dominação, controle e opressão, leva à discriminação, ao individualismo, à exploração e à criação de estereótipos, os quais são transmitidos de uma geração para outra e reproduzidos tanto no âmbito público (governo, política, religião, escolas, meios de comunicação), como no âmbito privado (família, parentes, amigos). A partir de condições históricas, são naturalizadas formas de discriminação contra a mulher e geradas práticas sociais que permitem ataques contra a sua integridade, desenvolvimento, saúde, liberdade e vida.

Embora a questão dos direitos humanos das mulheres e da igualdade de gênero venha recebendo atenção, no cenário internacional, desde a primeira metade do século vinte, até a década de setenta, com impulso maior nos anos noventa, as iniciativas adotadas nessa área caracterizavam-se pela adoção de instrumentos de direitos humanos de natureza genérica, que consagravam a proibição de discriminação por razão de sexo, junto ao direito de igualdade perante a lei, sem reconhecer as mulheres como um coletivo com necessidades especiais de proteção.

Luciana Maibashi Gebrim é mestranda em Direito pela Unesp e delegada de Polícia Federal.

Paulo César Corrêa Borges, pós-doutor pela Universidade de Sevilha (Espanha), é professor assistente-doutor da Unesp; coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unesp e coordenador do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos. Promotor de Justiça do MPESP.

No âmbito interamericano, pode-se citar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – DADDH, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH e seu Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o “Protocolo de São Salvador” (TRAMONTANA, 2013, p. 465-466).

Sob o pretexto do tecnicismo e do caráter neutral do direito, a perspectiva de gênero encontrava-se ausente nas normas jurídicas internas dos países. Não havia o reconhecimento de que a violência contra as mulheres representa um grave problema de saúde pública e de violação aos direitos humanos, inexistindo respostas institucionais voltadas a reverter essa situação estrutural de discriminação.

Ao revés, prevaleciam normas que reforçavam a discriminação contra a mulher, como, por exemplo, as que protegiam a sexualidade feminina em razão de sua “honestidade” e ênfase em sua “virgindade”, as que prescreviam a extinção da punibilidade do crime pelo casamento da vítima com o autor do crime ou com terceiro, ou mesmo eximidas, como a do marido que assassina a esposa em razão da infidelidade (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 114).

A partir da década de setenta e, sobretudo noventa, por pressão de movimentos feministas, a comunidade internacional passou a reconhecer a necessidade de dar um tratamento diferenciado à problemática do gênero, haja vista os maiores desafios sociais enfrentados historicamente pelas mulheres. Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o primeiro documento internacional de direitos humanos que aborda exclusivamente o tema da violência contra a mulher.

Porém, a partir da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (CONFERÊNCIA..., 1993) levada a cabo em Viena em 1993 a transversalização da perspectiva de gênero passou a ser entendida como uma prioridade no contexto da proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, ante a percepção de que esses direitos podem ser violados em formas diferentes a aqueles dos homens e que determinadas violações têm lugar contra a mulher tão somente pelo fato de serem mulheres (TRAMONTANA, 2013, p. 466).

Em nível regional, no ano de 1994, foi aprovado, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), o primeiro instrumento específico para fazer frente à violência de gênero: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Em 1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo da Convenção CEDAW e, em 1995, a Plataforma de Ação emanada da IV Conferência Mundial da Mulher (Beijing, 1995) contemplou a violência contra as mulheres como

uma das doze áreas de especial preocupação, estabelecendo os objetivos estratégicos, as medidas a serem adotadas pelos governos, como promulgação e aplicação de leis para pôr fim à violência contra as mulheres, e a necessidade de criar centros de acolhida, assistência jurídica, atenção de saúde e apoio psicológico para as vítimas (TRAMONTANA, 2013, p. 468-469; FRÍES; HURTADO, 2011, p. 115).

Diante dos avanços alcançados no cenário internacional, várias reformas no âmbito interno passaram a ser realizadas pelos países da América Latina e Caribe com o fim de adequar suas legislações aos padrões internacionais de direitos humanos. Em uma primeira onda de reformas, houve a descriminalização de delitos como o adultério, o rapto e a sedução, bem como a revogação do dispositivo legal que previa a extinção da punibilidade do crime pelo casamento da vítima com o autor ou com terceiro, com vistas a corrigir a institucionalização da discriminação contra a mulher contida naqueles preceitos legais (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 114).

Na segunda onda de reformas legais, foram editadas leis específicas com o objetivo de coibir atos de violência contra a mulher dentro da família, assegurando-lhe assistência e medidas protetivas. Também foi regulamentada a atuação do Estado na prevenção, no atendimento das vítimas e na persecução dos responsáveis (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 115).

Contudo, apesar dos esforços realizados a nível legal, a violência contra as mulheres persiste – e, até mesmo, aumenta –, culminando na sua forma mais grave: a morte da mulher em razão do gênero (femicídio/feminicídio). A partir do ano de 2007, novos debates e reflexões sobre o tema começaram a surgir, em busca de um enfoque mais integral, que garantisse a prevenção, a punição e erradicação de todos os tipos de violência contra a mulher, promovendo

seu desenvolvimento integral e sua plena participação em todas as esferas da vida (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 115-121).

Nesse contexto, muitos países ibero-americanos passaram a tipificar a figura do femicídio/feminicídio em seus códigos penais, com a justificativa de visibilizar esse fenômeno. Segundo os defensores da tipificação, a incorporação de um tipo penal específico contribuiria para transformações culturais importantes, possibilitando conhecer quem são as vítimas e seus agressores, os contextos das agressões e os crimes denunciados com maior frequência, conhecendo a real magnitude dessa conduta ilícita, além de garantir o acesso à justiça e a possibilidade de que o Estado adote políticas públicas para a prevenção e a erradicação da violência contra as mulheres (ANTHONY, 2012, p. 13).

O presente trabalho objetiva realizar, a partir do estudo comparado e de uma perspectiva crítica, uma análise da tipificação da figura do femicídio/feminicídio no contexto ibero-americano, à luz do Garantismo Penal e do Direito Penal Mínimo. Para tanto, inicialmente será feita uma abordagem dos conceitos de femicídio/feminicídio e suas tipologias, examinando-se, a seguir, as legislações ibero-americanas que já o tipificaram.

Na sequência, serão tecidas considerações sobre os argumentos a favor e contra a sua tipificação, pretendendo-se conciliar os princípios do Direito Penal Mínimo (*ultima ratio*) com as inovações mais recentes adotadas no âmbito ibero-americano em matéria de legislação sobre violência contra a mulher.

## **2. Femicídio/feminicídio: abordagem conceitual e tipologias**

O termo *femicide* foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Internacional de Crimes contra

Mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976, por Russel, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. No entanto, naquela ocasião, não foi dado um conceito sobre o tema, o que veio a ser feito posteriormente, em 1990, juntamente com Caputi, quando definiram *femicide* como “o assassinato de mulheres realizado por homens motivado por ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres” (CAPUTI; RUSSEL, 1992, p. 34, tradução nossa).

Radford e Russel (1992) e Caputi e Russel (1992, p. 15) cunham o termo *femicide* como um *continuum* de violência contra as mulheres. Estabelecem conexões entre as variadas formas de violência, como o estupro, o incesto, o abuso físico e emocional, o assédio sexual, o uso das mulheres na pornografia, na exploração sexual, a esterilização ou a maternidade forçada etc., que, resultantes em morte, se convertem em feminicídio.

Nos países de língua hispânica, passou-se a utilizar o termo “femicídio” ou “feminicídio” para designar o assassinato de mulheres por razões associadas com seu gênero. Entretanto, na América Latina, referido termo passou a ser utilizado pelos movimentos feministas com fins políticos para denunciar a violência contra as mulheres e a impunidade dos agressores. Conforme Carcedo Cabañas e Sagot Rodríguez (2002), o termo feminicídio contribui para que se ressalte o caráter social e generalizado da violência baseada na iniquidade de gênero, afastando-se enfoques individualizantes, naturalizados ou patologizados, que tendem a culpar as vítimas, a tratar o assunto como problemas passionais ou privados e a ocultar a sua verdadeira dimensão, bem como as experiências das mulheres e a responsabilidade dos homens.

Os termos “femicídio” e “feminicídio” embora sejam utilizados indistintamente na América Latina, referem-se aos assassinatos

sexuais de mulheres e, portanto, diferenciam-se do neutral “homicídio”. Porém, algumas correntes sustentam que o termo “femicídio” não dá conta da complexidade nem da gravidade dos delitos contra a vida das mulheres por sua condição de gênero, pois etimologicamente significa unicamente dar morte a uma mulher. A expressão “feminicídio”, por sua vez, englobaria a motivação baseada no gênero ou misoginia, agregando a inação estatal frente aos crimes (PATH, 2010, p. 30).

Lagarde (2006, p. 221), responsável pela introdução do termo “feminicídio” na academia, tem optado por ele por incluir o fator impunidade, em virtude de ausências legais e de políticas do governo, que geram uma convivência insegura para as mulheres, colocando-as em risco e favorecendo o conjunto de crimes praticados por razões de gênero. De acordo com Lagarde (2006, p. 221), o feminicídio não é apenas uma violência exercida por homens contra mulheres, mas por homens em posição de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política, ideológica e de todo tipo, sobre mulheres em condições de desigualdade, de subordinação, de exploração ou de opressão, e com a particularidade da exclusão.

No tocante à tipologia do femicídio/feminicídio, o Observatório de Criminalidade do Ministério Público do Peru distingue-o em dois tipos: feminicídio íntimo, que é aquele em que a vítima tinha ou havia tido uma relação de casal com o homicida, não se limitando às relações com vínculo matrimonial, mas estendendo-se aos conviventes, noivos, namorados e parceiros, além daqueles praticados por um membro da família, como o pai, padrasto, irmão ou primo; e feminicídio não íntimo, aquele em que a vítima não tinha qualquer relação de casal ou familiar com o homicida. Incluem-se nessa categoria a morte provocada por clientes – em se tratando de trabalhadoras sexuais –, por amigos, vizinhos

ou desconhecidos, assim como a morte ocorrida no contexto do tráfico de pessoas, sempre tendo o motivo sexual como fundamental para sua qualificação como feminicídio (FLORES, 2012, p. 159).

O Observatório Cidadão Nacional de Feminicídio do México, por sua vez, indica as seguintes tipologias: feminicídio familiar íntimo, feminicídio familiar íntimo infantil, feminicídio infantil, feminicídio íntimo, feminicídio por roubo, feminicídio circunstancial, feminicídio por violência juvenil, feminicídio por vingança, feminicídio por orientação sexual, feminicídio por ocupação estigmatizada, feminicídio relacionado com o narcotráfico e feminicídio sexual sistêmico (PONCE, 2012, p. 110-111).

O feminicídio familiar íntimo ocorre quando há a privação dolosa da vida, cometida por um homem contra o cônjuge ou qualquer descendente ou ascendente em linha reta ou colateral até o quarto grau, irmã, concubina, adotada ou adotante, ou que tenha alguma relação afetiva ou sentimental de fato, sabendo o delinquente dessa relação. Há feminicídio familiar íntimo infantil quando um homem comete o crime contra meninas menores de idade ou que não tenham a capacidade mental, seja filha ou descendente ou colateral até o quarto grau, irmã, adotada ou adotante ou com quem tenha alguma relação afetiva ou de cuidado, sabendo o delinquente dessa relação de responsabilidade, confiança ou poder que lhe outorga sua situação adulta sobre a minoria de idade da menor. O feminicídio infantil é cometido contra meninas menores de idade ou que não tenham a capacidade mental, sem que exista algum vínculo familiar ou de parentesco com a menor. O feminicídio íntimo refere-se aos casos em que a vítima tinha ou teve uma relação íntima, de convivência, de intimidade ou namoro, amizade, companheirismo ou relações de trabalho, de vizinhança, ocasional, circunstancial ou afins. O feminicídio por roubo é o que se comete com ânimo de cometer o roubo ou a privação dos bens da mulher ou dos que tenha sob seu cuidado. O feminicídio circunstancial pratica-se sem que exista o ânimo de matar, mas sua condição de varão favorece a utilização de meios para a privação da vida da mulher. O feminicídio por violência juvenil dá-se em um contexto de disputas entre grupos associados em bandos, ou outros; o feminicídio por vingança, a partir de um ajuste de contas entre particulares; o feminicídio por orientação sexual, quando a privação da vida da mulher dá-se por sua preferência sexual; feminicídio por ocupação estigmatizada, quando a privação dolosa da vida de uma mulher cometida por um homem dá-se pela ocupação ou o trabalho desautorizado que desempenha, incluindo neste critério aquelas que trabalham em bares e em centros noturnos, como bailarinas, garçonetes e trabalhadoras sexuais; e o feminicídio relacionado com o narcotráfico, quando a privação da vida de uma mulher dá-se a partir da comissão de outros delitos de foro federal, como o

narcotráfico, a posse e o tráfico de drogas. Por fim, o feminicídio sexual sistêmico desorganizado está relacionado a circunstâncias em que o corpo da mulher é abandonado, em lugar público ou em lugar privado, com marcas de violência física; em que são produzidas lesões infamantes ou em zonas genitais ou do corpo da mulher que evidenciam um tratamento degradante, humilhante e destrutivo; quando se tenha cometido um delito sexual antes ou posterior à privação da vida da mulher; quando se tenha construído uma cena delitiva degradante, humilhante e destrutiva na privação da vida da mulher que gere sua pós-vitimação; e/ou quando a privação dolosa da vida de uma menina menor de idade seja cometida por um homem no contexto de qualquer circunstância anterior.

Em suma, o femicídio/feminicídio decorre de condições socioculturais históricas, que geram e permitem práticas atentatórias contra a vida, a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da mulher, para as quais contribuem não somente os autores da sociedade (família, matrimônio, comunidade), mas também o Estado, por meio de sua omissão, ineficácia, negligência na prevenção, deficiência na investigação, ausência de repressão e de um quadro legal e político de governo, que favoreça a visibilidade da violência contra as mulheres e o fim da impunidade, do silêncio e da indiferença social.

### 3. Tipificação nas legislações ibero-americanas

Diante do aumento da violência contra as mulheres nas últimas décadas e da omissão do Estado na investigação dos crimes praticados por razão de gênero, alguns Estados na América Latina e no Caribe passaram a tipificar o femicídio/feminicídio em suas legislações internas, sobretudo, a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seis casos relacionados à temática da violência de gênero: *Miguel Castro Castro vs. Perú*, de novembro de 2006; *González y otras (“Campo algodonero”) vs. México*, de 16 de novembro de 2009; *Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, de 24 de novembro de 2009; *Fernández Ortega y otros vs. México*, de 30 de agosto de 2010; *Rosendo Cantú y otra vs. México*, de 31 de agosto de 2010; e *Gelman vs. Uruguay*, de fevereiro de 2011 (TRAMONTANA, 2013, 470 - 471).

Nas citadas decisões, a Corte Interamericana reconheceu que os atos de violência sofridos pelas vítimas podem ser considerados como “violência de gênero”, tanto com base no artigo 5º da Convenção Americana, que consagra o direito à integridade física, como em relação à Convenção de Belém do Pará, cujo artigo 2º inclui, na definição de “violência contra a mulher”, “a violência física, sexual e psicológica”, seja praticada dentro da família, na comunidade, pelo Estado ou por seus agentes. Ademais,

fez referência à Recomendação Geral nº 19 do Comitê CEDAW, que qualifica a violência baseada em sexo como “a violência dirigida contra a mulher porque é mulher ou que lhe afeta de forma desproporcional”, abarcando “atos que infligem danos ou sofrimentos de índole física, mental ou sexual, ameaças de cometer esses atos, coação e outras formas de privação da liberdade” (TRAMONTANA, 2013, p. 471-472).

Entre os países ibero-americanos que incorporaram o femicídio/feminicídio, como delito autônomo, às suas legislações internas, encontram-se, até o momento, a Bolívia (2013), o Chile (2010), a Costa Rica (2007), a Guatemala (2008), El Salvador (2010), o Peru (2013), a Nicarágua (2012) e alguns estados do México. Entretanto, não há uma uniformidade na definição dos elementos do tipo penal, verificando-se uma falta de técnica jurídica, seja ao estabelecer somente uma tipologia do femicídio/feminicídio (íntimo ou o que se refere às relações de casal), como nos casos da Costa Rica e do Chile, seja ao tipificar de maneira tão ampla (como a Guatemala, El Salvador, Bolívia e Nicarágua), que acabam por gerar a impunidade, na medida em que tornam a aplicação do tipo penal difícil para os operadores jurídicos.

Na Bolívia (2013), o delito de femicídio foi incorporado ao Código Penal como uma ação de extrema agressão, que viola o direito fundamental à vida e causa a morte da mulher pelos simples fato de ser mulher<sup>1</sup>. Dispõe que será sancionando com uma pena de trinta anos, sem direito a indulto, quem matar uma mulher em qualquer das seguintes circunstâncias: i) quando o autor seja ou tenha sido cônjuge ou convivente da vítima ou tenha estado ligado a ela por uma relação análoga ao de afetividade, intimidade, mesmo sem viver juntos; ii) pelo

fato de a vítima se ter negado a estabelecer com o autor uma relação de casal, namoro, afetividade ou intimidade; iii) em virtude de a vítima se encontrar em situação de gravidez; iv) pelo fato de a vítima se encontrar em uma situação de relação de subordinação ou dependência em relação ao autor ou tenha com este uma relação de amizade, laboral ou de companheirismo; v) quando a vítima se encontre em um situação de vulnerabilidade; vi) quando, antes da morte, a mulher tenha sido vítima de violência física, psicológica, sexual ou econômica cometida pelo mesmo agressor; vii) quando a morte tenha sido precedida por um delito contra a liberdade individual ou a liberdade sexual; viii) quando a morte tenha conexão com o delito de tráfico de pessoas; ou ix) quando a morte seja resultado de ritos, desafios grupais ou práticas culturais<sup>2</sup>. Observa-se, desse modo, que o tipo penal na Bolívia é bem amplo, abrangendo várias formas de femicídio. Todavia, viola os princípios da razoabilidade e da individualização da pena, ao prever uma pena única de trinta anos, sem direito a indulto.

No Chile (2010), a expressão “a seu cônjuge ou convivente” foi substituída pela expressão “a quem é ou tenha sido seu cônjuge ou seu convivente”<sup>3</sup>, ampliando-se, assim, a lista de vítimas do parricídio, que, em se tratando de vítima mulher, passa-se a se chamar femicídio. A pena imposta ao femicídio é de presídio maior em seu grau máximo a presídio perpétuo qualificado<sup>4</sup>. Embora a lei chilena tenha ampliado o rol de vítimas, deixou de prever as hipóteses em que não houve relação de convivência, reforçando, ademais, a dicotomia sexual masculino-feminino.

<sup>2</sup> Art. 252 *bis* do Código Penal da Bolívia.

<sup>3</sup> Art. 390 do Código Penal do Chile, modificado pela Lei nº 20.480, de 14 de dezembro de 2010.

<sup>4</sup> Art. 390 do Código Penal do Chile.

<sup>1</sup> Art. 7º da Lei nº 348, de 9 de março de 2013 – Lei Integral para Garantir às Mulheres uma Vida Livre de Violência.

Na Costa Rica (2007), o femicídio é tipificado como “quem dê morte a uma mulher com a quem mantenha uma relação de matrimônio, em união de fato, declarada ou não”<sup>5</sup>. Dessa forma, acolhe somente o femicídio íntimo, isto é, o homicídio ocasionado dentro de uma relação de matrimônio ou de convivência. A pena prevista para quem comete esse delito é a de prisão de vinte a trinta e cinco anos<sup>6</sup>.

Na Guatemala (2008), o femicídio foi incorporado à legislação por meio do Decreto nº 22, de 2008, estatuinto que “quem no marco das relações de poder entre homens e mulheres der morte a uma mulher, por sua condição de mulher”<sup>7</sup>, valendo-se das circunstâncias elencadas na lei, comete esse crime. Referidas circunstâncias dizem respeito a i) quem tenha pretendido sem sucesso estabelecer ou restabelecer uma relação de casal e intimidade com a vítima; ii) quem mantinha, na época em que perpetrado o fato, ou teve mantida com a vítima, relações familiares, conjugais, de convivência, de intimidade ou namoro, amizade, companheirismo ou relação de trabalho; iii) quem o pratica como resultado da reiterada manifestação de violência contra a vítima; iv) como resultado de ritos grupais usando ou não armas de qualquer tipo; v) em menosprezo do corpo da vítima, para satisfação de instintos sexuais ou cometendo atos de mutilação genital ou qualquer outro tipo de mutilação; e/ou vi) por misoginia<sup>8</sup>. Infere-se, pois, da legislação da Guatemala, que os conceitos utilizados pelo tipo penal, apesar de

abrangentes, contemplando tanto os femicídios íntimos, como os não íntimos e os por conexão, são imprecisos, fazendo uso de expressões subjetivas, como, “no marco de relações de poder”, que é uma questão ambígua, “misoginia”, não explicando o que esse termo significa, e “ódio”, também não explicando como se deve ler ou traduzir esse ódio. Dessa forma, acaba por afetar o princípio da legalidade, dificultando a aplicação da norma pelos operadores jurídicos. A pena prevista é de vinte e cinco a cinquenta anos de prisão, sem possibilidade de se conceder ao autor a redução de pena por nenhum motivo nem o gozo de medida substitutiva alguma<sup>9</sup>. Ao não permitir a substituição da pena, tampouco a sua redução, a norma carece de razoabilidade, pois nada mais é do que a expressão do Direito Penal do Inimigo, o qual sustenta a tese de que alguns criminosos devem ser tratados não como cidadãos, mas sim, como inimigos. Igualmente, afronta o princípio da individualização da pena – sendo, portanto, cruel e desumano –, incompatível com a perspectiva dos direitos humanos.

Em El Salvador (2010), o feminicídio foi regulamentado pela Lei Especial Integral para uma Vida Livre de Violência para as Mulheres, aprovada em 25 de novembro de 2010. Em seu artigo 45, afirma-se que comete esse delito quem causar morte a uma mulher por motivos de “ódio ou menosprezo por sua condição de mulher”<sup>10</sup>, os quais se consideram presentes quando i) à morte lhe tenha precedido algum incidente de violência cometido pelo autor contra a mulher, independentemente de o fato ter sido denunciado ou não pela vítima; ii) o autor se tenha aproveitado de qualquer condição

<sup>5</sup> Art. 21 da Lei nº 8.589, de 30 de maio de 2007 – Lei de Penalização da Violência contra as Mulheres.

<sup>6</sup> Art. 21 da Lei nº 8.589, de 30 de maio de 2007 – Lei de Penalização da Violência contra as Mulheres.

<sup>7</sup> Art. 6º do Decreto nº 22, de 7 de maio de 2008 – Lei contra o Femicídio e outras Formas de Violência contra a Mulher.

<sup>8</sup> Art. 6º do Decreto nº 22, de 7 de maio de 2008 – Lei contra o Femicídio e outras Formas de Violência contra a Mulher.

<sup>9</sup> Art. 6º do Decreto nº 22, de 7 de maio de 2008 – Lei contra o Femicídio e outras Formas de Violência contra a Mulher.

<sup>10</sup> Art. 45 do Decreto nº 520, de 25 de novembro de 2010 – Lei Especial Integral para uma Vida Livre de Violência para as Mulheres.

de risco ou vulnerabilidade física ou psíquica em que se encontrava a mulher vítima; iii) o autor se tenha aproveitado da superioridade que lhe geravam as relações desiguais de poder baseadas no gênero; iv) anteriormente à morte da mulher, o autor tenha cometido contra ela qualquer conduta qualificada como delito contra a liberdade sexual; ou v) morte precedida de mutilação. Uma das agravantes previstas resulta do fato de o agressor ser funcionário público ou municipal, autoridade pública ou agente de autoridade<sup>11</sup>. As penas previstas são as de prisão entre vinte e cinquenta anos<sup>12</sup>. Assim como a lei da Guatemala, a legislação salvadorenha contempla uma série de hipóteses nas quais o femicídio pode ocorrer. No entanto, falta clareza em relação às causas e efeitos das condutas que podem ser consideradas de “ódio ou menosprezo à condição de mulher” – como, por exemplo, um homicídio cometido pelo homem contra a mulher no trânsito, quando, antes da morte, a vítima tenha tido um membro do corpo mutilado. A expressão “relações desiguais de poder” pode dar margem a várias interpretações, pois deixa um espaço amplo de liberdade para o julgador, ferindo o princípio da taxatividade e da segurança jurídica. Também não ficou nítida qual foi a finalidade do legislador ao agravar a conduta do homicídio pela posição de funcionário, autoridade ou agente público do agressor.

No Peru (2013), o femicídio foi introduzido no Código Penal como delito autônomo, reprimido com pena privativa de liberdade, não menor do que quinze anos, para quem matar uma mulher, por sua condição de mulher, em qualquer dos seguintes contextos: violência

familiar, coação, assédio ou intimidação sexual; abuso de poder, de confiança ou de qualquer outra posição ou relação que confira autoridade ao agente; qualquer forma de discriminação contra a mulher, independentemente da existência ou não de uma relação conjugal ou de convivência com o agente<sup>13</sup>. Prevê ainda agravante quando ocorrer qualquer das seguintes circunstâncias: vítima menor de idade; vítima em estado de gravidez; vítima sob os cuidados ou responsabilidade do agente; vítima submetida previamente à violência sexual ou atos de mutilação; vítima padecendo de qualquer tipo de incapacidade no momento do crime; crime cometido em razão de tráfico de pessoas; quando ocorrer qualquer das circunstâncias agravantes previstas no art. 108 do Código Penal<sup>14</sup>. Estando presentes duas ou mais circunstâncias agravantes, a pena será de prisão perpétua.

Na Nicarágua (2012), o femicídio foi introduzido como tipo penal específico por meio da Lei nº 779, também conhecida como Lei Integral contra a Violência das Mulheres, aprovada em 22 de fevereiro de 2012. Tipifica o femicídio como o delito cometido pelo homem que, no marco de relações desiguais de poder entre homens e mulheres, der causa à morte de uma mulher, seja no âmbito público ou privado, em qualquer das seguintes circunstâncias: a) haver pretendido sem sucesso estabelecer ou restabecer uma relação de casal ou de intimidade com a vítima; b) manter na época em que o fato foi perpetrado,

<sup>11</sup> Art. 46 do Decreto nº 520, de 25 de novembro de 2010 – Lei Especial Integral para uma Vida Livre de Violência para as Mulheres.

<sup>12</sup> Art. 45 do Decreto nº 520, de 25 de novembro de 2010 – Lei Especial Integral para uma Vida Livre de Violência para as Mulheres.

<sup>13</sup> Art. 108-B do Código Penal do Peru, incorporado pelo art. 2º da Lei nº 30068, publicada em 18 de julho de 2013.

<sup>14</sup> Art. 108-B do Código Penal do Peru, incorporado pelo art. 2º da Lei nº 30068, publicada em 18 de julho de 2013. O art. 108 do Código Penal do Peru, por sua vez, prevê como circunstâncias agravantes quando o homicídio for cometido com brutalidade, fins lucrativos ou prazer; para facilitar ou ocultar outro crime; com grande crueldade ou traição; ou pôr fogo, explosão, veneno ou qualquer outro meio capaz de pôr em perigo a vida ou saúde de outras pessoas.

ou haver mantido com a vítima relações familiares, conjugais, de convivência, de intimidade ou de namoro, amizade, companheirismo, relação laboral, educativa ou de tutela; c) como resultado da reiterada manifestação da violência contra a vítima; d) como resultado de rituais grupais, de gangues, usando ou não armas de qualquer tipo; e) por menosprezo do corpo da vítima para satisfação de instintos sexuais, ou para comissão de atos de mutilação genital ou qualquer outro tipo de mutilação; f) por misoginia; g) quando o fato for cometido na presença das filhas ou filhos da vítima; h) quando ocorra qualquer das circunstâncias de qualificação contempladas no delito de assassinato do Código Penal<sup>15</sup>. Dispõe ainda que, quando o delito ocorrer em âmbito público, a pena será de quinze a vinte anos de prisão; e, se ocorrer no âmbito privado, de vinte a vinte e cinco anos de prisão. Em ambos os casos, se concorrerem duas ou mais das circunstâncias relacionadas, aplicar-se-á a pena máxima. Caso concorra qualquer das circunstâncias qualificadoras do assassinato, a lei prevê o aumento da pena em um terço até o máximo de trinta anos de prisão<sup>16</sup>.

A Colômbia (2006), embora não tenha criado a figura do femicídio como delito autônomo, incorporou ao seu Código Penal a agravante do homicídio cometido “contra uma mulher pelo fato ser mulher”<sup>17</sup>, sem contudo empregar a palavra femicídio/feminicídio. Em razão da imprecisão da redação, que não faz qualquer menção ao contexto de violência de gênero, vulnera o princípio da legalidade.

O México (2007), apesar de reconhecer a existência do femicídio/feminicídio, não modi-

ficou o Código Penal para o fim de criminalizá-lo, muito embora algumas leis estaduais, como as de Colima, Guanajuato, Guerrero, Estado de México, Morelos, San Luis Potosí, Tamaulipas, Veracruz, Distrito Federal e Sinaloa, o tenham feito, mas não de maneira uniforme, podendo aquilo que é considerado feminicídio em um estado não o ser em outro (LAPORTA, 2012). Em 2007, foi publicada no México a Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência – LGAMVLV, a qual define a “violência feminicida” como a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto da violação de seus direitos humanos, nos âmbitos público e privado, conformada pelo conjunto de condutas misóginas que podem acarretar impunidade social e do Estado e culminar em homicídio e outras formas de morte violenta de mulheres<sup>18</sup>.

#### **4. Considerações a favor e contra a tipificação do femicídio/feminicídio**

O principal argumento daqueles que defendem a tipificação do femicídio/feminicídio é tornar visível a existência de homicídio de mulheres por razões de gênero. Argumenta-se que as mulheres são assassinadas em circunstâncias em que os homens não costumam ser e que é necessário expor tais circunstâncias, a fim de que o público as conheça e se sensibilize com a situação dessas mulheres, de modo a contribuir para uma mudança da mentalidade patriarcal predominante no contexto ibero-americano (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Concomitantemente, obrigaria o Estado a tomar providências para evitar a morte de mulheres, por meio de políticas públicas adequadas

<sup>15</sup> Art. 9º, 1, da Lei nº 779, de 22 de fevereiro de 2012 – Lei Integral contra a Violência das Mulheres.

<sup>16</sup> Art. 9º, 2, da Lei nº 779, de 22 de fevereiro de 2012 – Lei Integral contra a Violência das Mulheres.

<sup>17</sup> Art. 104, § 11, introduzido pelo art. 26 da Lei nº 1.257, de 4 de dezembro de 2006.

<sup>18</sup> Art. 21 da Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência – LGAMVLV, de 1º de fevereiro de 2007.

à prevenção e à erradicação da violência contra elas; e, caso não evitado o crime, a atuar de forma eficaz na persecução penal do agressor, assumindo sua responsabilidade em caso de omissão, negligência ou intervenção ineficaz (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Asseveram que, embora a persecução penal de quem tenha tirado a vida de uma mulher por razões de gênero possa ser alcançada pela norma jurídica neutra do homicídio, não é possível visualizar o contexto em que essas mortes têm lugar, tampouco o caráter social e generalizado da violência baseada no gênero, já que são registradas simplesmente como homicídios, tendentes a ser tratadas como assunto pessoal ou privado, resultantes de problemas passionais, cujos agressores são retratados como “loucos”, “fora de controle” ou “animais”, quando, na realidade, há um caráter profundamente social e político, resultado de relações de poder entre homens e mulheres na sociedade (CARCEDO CABAÑAS; SAGOT RODRÍGUEZ, 2002).

Afirmam que o tipo penal facilitaria o acesso à justiça, introduzindo novos conceitos, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, contribuindo, assim, para uma mudança na forma de os juízes aplicarem a lei, eles que ainda seriam muito apegados à dogmática jurídica e resistentes à aplicação dos instrumentos internacionais e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob fundamento de que as decisões proferidas por esta corte não vinculam (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Sustentam que, quando se fala de um delito tão grave, como a perda da vida de uma mulher por tal condição, reconhecido nos principais instrumentos jurídicos internacionais, o conceito de intervenção mínima do Direito Penal é inadmissível. Outros dizem que o Direito Penal como *ultima ratio* é um mito, em virtude da historicidade vinculada às lutas dos movimentos sociais organizados. À medida que a história

avança, novas demandas e lutas sociais, como a dos ecologistas, dos negros, dos indígenas ou das próprias mulheres, aparecem e passam a pleitear a tutela penal para atentados que antes não eram considerados relevantes (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Por outro lado, as opiniões contrárias à criminalização do femicídio/feminicídio apoiam-se na inefetividade do Direito Penal para alcançar os fins pretendidos pelos movimentos feministas. Apontam que nem o problema da violência contra as mulheres, nem a impunidade ou as dificuldades no acesso à justiça se solucionam com a criação de novas figuras penais ou com o aumento das penas. Utilizando argumentos da Criminologia Crítica, como o efeito “simbólico” do Direito Penal, arguem que esse ramo do direito é incapaz de inibir abstratamente comportamentos violadores dos direitos das mulheres (prevenção geral negativa), não sendo também hábil para exercer a função ressocializadora do infrator. Pelo contrário, apenas reforçaria o *animus* do agressor de se vingar da mulher após sair da prisão (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Expõem que um tipo penal é incapaz de garantir uma política criminal ou uma mudança da interpretação jurídica e que há necessidade de políticas específicas para cada grupo de mulheres, já que as vulnerabilidades são distintas, pois historicamente as mulheres indígenas, negras ou deficientes sempre tiveram maior dificuldade de acesso à justiça do que as mulheres brancas. Criticam o fato de algumas legislações preverem como sujeito ativo apenas os homens, desconsiderando o assassinato de lésbicas por suas parceiras e que as mulheres também podem ser agentes do patriarcado. Dizem que a tipificação do femicídio/feminicídio poderia abrir caminho para o Direito Penal do autor, tirando o foco da valoração da conduta praticada, ao criar uma lógica binária de culpáveis e vítimas, reforçando

a dicotomia “mulher versus varão”, quando, na realidade, o gênero é algo que transcende os sexos (CONTRIBUIÇÕES..., 2012, p. 177-229).

Como se vê, os argumentos nos dois sentidos – tanto os da tipificação, como os da não tipificação – são consistentes. Existem vantagens e desvantagens nos dois âmbitos. Então, como conciliar a tipificação do femicídio/feminicídio com o Direito Penal mínimo? A tipificação desse fenômeno é compatível com o Direito Penal como *ultima ratio*? Cremos que a resposta possa estar com o Garantismo Penal, em sua vertente positiva.

Enquanto o Garantismo Negativo funciona como limite ao *jus puniendi* do Estado (FERRAJOLI, 2002, p. 30), o Garantismo Positivo preceitua que o Estado deve proteger os direitos humanos contra as diferentes formas de sua violação (BARATTA, 1997, p. 66). Para Borges (2012, p. 82), o critério para legitimação da intervenção penal do Direito Penal, em conformidade com o Direito Penal mínimo, estaria na objetividade jurídica da proteção estatal, que, no caso da violação dos direitos humanos, seria “a vulnerabilidade dos grupos humanos que são difusa e sistematicamente discriminados ou violados” (BORGES, 2012, p. 82). Diz o autor que “um dos limites, entretanto, para que nem toda forma de violação implique em uma hiperinflação da legislação penal, que tenha por objetividade jurídica, por excelência, os direitos humanos, é o princípio da subsidiariedade” (BORGES, 2012, p. 84). Afirma que deve haver uma crescente sensibilização sociocultural sobre o alcance e natureza dos direitos humanos, destacando que a proteção dos direitos humanos deve preponderar na fase pré-violatória (BORGES, 2012, p. 84).

Contudo, não sendo possível evitar a violação, o Estado deve assegurar a tutela penal na fase pós-violatória, tendo como critério de legitimidade para a sua intervenção a vulnerabilidade dos titulares desses direitos, não uma

vulnerabilidade circunstancial, mas constante e estrutural, resultado de “violações sistemáticas, ao lado da impunidade dos respectivos agressores, por razões estruturais ou por uma prática ideologicamente comprometida com a utilização do Direito Penal como mero instrumento de opressão” (BORGES, 2012, p. 86).

Seguindo essa lógica, o Direito Penal estaria legitimado a intervir no caso de homicídios por razão de gênero, dadas a vulnerabilidade das mulheres, a prática sistemática das mortes e a aquiescência ou tolerância dos Estados, que atinge o bem de maior magnitude protegido pelo Direito Penal: a vida. Todavia, essa atuação deve ocorrer de forma racional, de acordo com a realidade de cada país, evitando-se tipos abertos, que podem dar azo à discricionariedade ou à subjetividade dos juízes – ferindo os princípios da taxatividade e da segurança jurídica, bem como penas desproporcionais, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Ademais, tal tutela penal deve vir dentro de uma política integral de prevenção, proteção e punição. Somente tipificar o femicídio/feminicídio e/ou aumentar as penas para quem mata uma mulher por razões de gênero não será uma solução. Exemplo disso é a política criminal de cunho eficientista desenvolvida pelos Estados Unidos nas últimas décadas, que pretende combater a violência com a maximização do aparelho policial, criminalização de novas condutas, aumento das penas e restrição de garantias processuais. Até onde se sabe, tal política foi incapaz de reduzir os delitos, embora tenha aumentado significativamente a população carcerária do país (LOTKE, 1998, p. 39-50).

Há que se colocar ênfase em políticas públicas que obriguem o Estado a investir em campanhas de sensibilização, capacitação contínua, garantia do acesso à Justiça, desenvolvimento de planos, programas e estratégias setoriais e territoriais, promoção de modelos de prevenção

abrangentes, que abordem o espaço íntimo e público do desempenho das atividades das mulheres, além da promoção de mecanismos de supervisão e controle de conformidade com os tratados internacionais e regionais assinados pelos países.

A partir do ano de 2007, países ibero-americanos, como a Costa Rica, a Guatemala, o México, a Argentina, a República Bolivariana da Venezuela, a Colômbia, a Espanha e a Bolívia, passaram a adotar “leis mais abrangentes” para enfrentar o problema da violência contra as mulheres. Essas leis têm por objetivo superar o tratamento fragmentado até então conferido ao tema, por meio do tratamento das práticas discriminatórias na aplicação da justiça penal, da falta de orçamento para a aplicação de sanções não privativas de liberdade ou de infraestrutura específica, como delegacias de mulheres, casas de abrigo ou refúgio, garantia do cumprimento das ordens de proteção pela polícia, falta de tratamento adequado e proteção das vítimas e testemunhas, além do déficit na integração da violência à política pública do Estado (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 115).

Trata-se de leis que redefinem a violência nos termos das disposições da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres e da Declaração das Nações Unidas sobre a Violência contra as Mulheres, pretendendo superar a divisão entre violência doméstica e outras formas de violência pública contra as mulheres, definindo-a como ataques à integridade física, sexual e psicológica (alguns países acrescentam a violência econômica ou patriarcal), com variantes perpetradas no seio da família, da Comunidade ou do Estado (FRÍES; HURTADO, 2011, p. 121).

No México, a visibilidade alcançada pelos casos de violência contra as mulheres, especialmente o femicídio/feminicídio em Ciudad Juárez, gerou a implantação de políticas públicas

específicas formuladas pelo governo federal, como a criação da Promotoria Especial para os Delitos de Violência contra as Mulheres e a Exploração de Pessoas (FEVIMTRA) e o “Alerta de Gênero”, que é uma medida de emergência adotada como resposta à presença de focos vermelhos (em virtude de alta incidência de violência feminicida e, ao mesmo tempo, devido à ausência de políticas governamentais para enfrentá-la, inclusive à negação do problema, à sua gravidade e à negligência das autoridades locais e federais). A presença dos focos vermelhos exige uma atuação pronta, rápida e coordenada nos três níveis de governo (federal, estadual e municipal), para atender sem demora fatos de violência feminicida em uma zona determinada (PONCE, 2012, p. 125; FRÍES; HURTADO, 2011, p. 116).

Na Espanha, desde o ano de 2003, estatísticas sobre a violência de gênero – englobando o número de vítimas que haviam apresentado uma denúncia, quantas contavam com medidas de proteção, a quebra dessas medidas, o perfil das vítimas e dos agressores e o âmbito geográfico em que ocorreram os homicídios – são publicadas na *web* do Ministério de Saúde, Política Social e Igualdade; e o acompanhamento das sentenças judiciais nos casos de violência de gênero contra as mulheres encontra-se a cargo do Observatório de Violência de Gênero do Conselho Geral do Poder Judiciário. Desse modo, é possível ter informações atualizadas sobre as “vítimas mortais por violência de gênero”, o que contribui para a elaboração de políticas públicas voltadas para atacar as causas da violência de gênero e preveni-la, melhorando a resposta estatal às denúncias (FLORES, 2012, p. 158).

## 5. Conclusão

Abordar a questão do homicídio de mulheres, desde uma perspectiva de gênero, exige um

elevado compromisso – não só do Estado, mas também da sociedade – com a erradicação desse tipo de violência. Não é possível pensar esse fenômeno apenas do ponto de vista criminal, já que deixa de lado as suas causas e medidas para preveni-la, tanto no espaço público, como no espaço privado. É necessário abordar global e mais integralmente as várias dimensões do problema, ou seja, dar-lhe visibilidade, a fim de instalá-lo na agenda de problemas que afetam toda a sociedade, demonstrando que a violência contra as mulheres é intolerável.

Como visto, vários esforços têm sido feitos, tanto no cenário internacional, como nacional, para combater a violência contra a mulher. No plano internacional, destacam-se: a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, ONU, 1979); a Recomendação Geral nº 19 do Comitê CEDAW (ONU, 1992); a Declaração sobre todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1993); as Declarações e Programas de Ações decorrentes das principais conferências internacionais das Nações Unidas (Viena/93, Cairo/94 e Beijing/95); e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, OEA, 1994).

No plano nacional, surge uma terceira geração de leis contra a violência de gênero, as quais tomam em consideração as lições aprendidas em etapas anteriores e incluem a adoção de leis integrais para prevenir, sancionar e erradicar a violência, como foi o caso da Costa Rica, Guatemala, México, Argentina, República Bolivariana da Venezuela, Colômbia, Espanha e Bolívia. Entre as inovações mais recentes adotadas no plano ibero-americano em matéria de legislação sobre violência contra a mulher, estão: a criação da Promotoria Especial para os Delitos de Violência contra as Mulheres e a Exploração de Pessoas (FEVIMTRA) e o “Alerta de Gênero”,

no México; e a divulgação de estatísticas sobre violência de gênero na *web* pelo Ministério de Saúde, Política Social e Igualdade, bem como o acompanhamento das sentenças judiciais nos casos de violência de gênero contra as mulheres pelo Observatório de Violência de Gênero do Conselho Geral do Poder Judiciário, na Espanha.

Simultaneamente, novos delitos são tipificados, reconhecendo as situações de violência que ocorrem dentro e fora de casa, como o femicídio/feminicídio (Bolívia, Chile, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Peru, Nicarágua e alguns estados do México). A despeito disso, a pergunta que surge na academia é: por que, apesar dos esforços realizados no nível legal, a violência contra a mulher persiste ou, até mesmo, aumenta? como conciliar os princípios do Direito Penal mínimo (*ultima ratio*, proporcionalidade etc.) com estas novas tendências?

Após analisar o conceito de femicídio/feminicídio, suas tipologias e as legislações dos países que o tipificaram, foram examinados os argumentos a favor e contra a sua criminalização, e a conclusão a que se chegou foi:

a) o femicídio/feminicídio representa uma violência extrema contra a mulher pelo fato tão somente de ser mulher e ataca o principal bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a vida; porém, apresenta caráter sistemático, decorrente de relações de poder, de discriminação e de opressão baseadas no patriarcado, que transformam a mulher em um ser inominado, sem vontade própria, incapaz de reverter a situação na qual se encontra;

b) o femicídio/feminicídio abrange não somente a violência intrafamiliar ou doméstica, mas também aquela ocasionada no espaço público, por amigos, vizinhos desconhecidos ou pelo próprio Estado, por meio de seus agentes;

c) a tipificação do femicídio/feminicídio não ocorreu de forma uniformizada nos diversos países ibero-americanos, variando a definição de

país para país, assim como as circunstâncias em que o ilícito foi praticado, observando-se, ainda, que ou os tipos são muito restritos, não abrangendo todas as tipologias do femicídio/feminicídio, ou são demasiadamente abertos, dando margem a interpretações dúbias e discricionárias, em afronta aos princípios da taxatividade e da segurança jurídica, além de preverem penas desproporcionais, em violação ao princípio da proporcionalidade;

d) enquanto os argumentos a favor da tipificação estão voltados para a visibilidade da morte das mulheres em razão do gênero, os argumentos contrários apelam para a inefetividade do Direito Penal para solucionar o problema da violência contra as mulheres;

e) é possível conciliar a tipificação do femicídio/feminicídio com os princípios do Direito Penal mínimo (*ultima ratio*, proporcionalidade etc.), a partir do Garantismo Penal, em sua vertente positiva, desde que: i) a objetividade jurídica da norma incriminadora seja a vulnerabilidade constante e estrutural das vítimas; ii) os tipos penais e as penas não sejam demasiadamente abertos e desproporcionais; iii) o Estado tenha como política criminal prioritária, não a tipificação, mas a proteção dos direitos humanos em sua fase pré-violatória, com a adoção de medidas de prevenção e proteção integral das mulheres.

No tocante à persistência ou ao aumento da violência contra a mulher, apesar dos esforços legais que têm sido realizados, pode-se dizer que, em parte, está relacionado à falta de harmonização entre as legislações nacionais contra a violência e os códigos penais vigentes e os sistemas jurídicos internacionais, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, subscrita pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada por todos os países da região, e o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional; o fato de muitos países, apesar de terem sancionado leis durante a década de 1990, ainda apresentarem temas pendentes de aplicação, em virtude da não criação de mecanismos institucionais necessários, incluídos os relacionados com o acesso à justiça ou a capacitação dos recursos humanos; a falta de preparação das forças policiais e dos operadores da justiça e à resistência às mudanças por parte da justiça, combinada com a falta de capacitação e a baixa dotação orçamentária; barreiras de acesso à justiça, o que faz com que as mulheres sofram reiterada vitimização e desconheçam os direitos e dispositivos que existem para acompanhá-las no processo de denúncia; e a dependência econômica das mulheres em relação aos seus conviventes, a qual impede o rompimento do ciclo da violência cotidiana.

Enfrentar a violência contra as mulheres não depende somente de esforços legais. Requer políticas de longo prazo, elaboradas a partir da

compreensão da origem desse fenômeno, dos atores envolvidos e das necessidades específicas das mulheres. As soluções para a violência devem ser procuradas a partir de uma perspectiva abrangente, voltadas para a diminuição dos efeitos da desigualdade e da exclusão e, sobretudo, para o empoderamento das mulheres. Depende da formação de uma consciência e de uma autocrítica das relações de poder e lógicas patriarcais, que começa pelo reconhecimento das necessidades, desejos e anseios próprios das mulheres.

## Referências

ANTHONY, Carmen. Compartilhando critérios e opiniões sobre femicídio/feminicídio. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (Org.). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio*. Lima: CLADEM, 2012.

BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sedi-ciosos*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, p. 66, 1997.

BOLÍVIA. Lei n. 348, de 9 de março de 2013. *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia*. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, Sucre, 2013. Disponível em: <<http://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/Ley%20integral%20para%20garantizar.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BORGES, Paulo César Correa. A tutela penal dos direitos humanos. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 134, p. 82-88, jul. 2012.

CARCEDO CABAÑAS, Ana; SAGOT RODRÍGUEZ, Monserrat. Femicídio en Costa Rica: balance mortal. *Medicina legal de Costa Rica*, San José, v. 19, n. 1, mar. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1409-00152002000100002](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000100002)>. Acesso em: 3 set. 2013.

CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. Femicide: sexist terrorism against women. In: \_\_\_\_\_. *Femicídio: la política de matar mujeres*. Nueva York: Twayne, 1992.

CHILE. *Lei n. 20.480, de 19 de novembro de 2010*. Santiago: Ministerio de Justicia, 2010.

CONFERÊNCIA Mundial sobre Direitos Humanos. *Declaração e programa de ação de Viena*. Cedin, Viena, 12 jul. 1993.

CONTRIBUIÇÕES ao debate sobre a tipificação penal do feminicídio/femicídio. Lima: CLADEM, 2012.

COSTA RICA. *Lei n. 8589, del 12 de abril del 2007*. San José: A Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica, 2007.

EL SALVADOR. *Decreto n. 520, de 25 de novembro de 2010*. San Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORES, Rocío Villanueva. Tipificar o feminicídio: a fuga “simplista” ao direito penal? Traduzido por Valéria Pandjarjian. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (Org.). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicídio*. Lima: CLADEM, 2012.

FRÍES, Lorena; HURTADO, Victoria. Análisis del estado de la información sobre violencia en América Latina y el Caribe. *Pensamiento Iberoamericano*, Madrid, n. 9, p. 111-126, 2011.

GUATEMALA. *Decreto n. 22-2008, de 2 de maio de 2008*. Ley contra El Femicidio y otras Formas de Violencia contra La Mujer. Guatemala: Centro Nacional De Análisis Y Documentación Judicial, 2008. Disponível em: <<http://www.femicidio.net/images/documentacion/femicidioAL/ley%20guatemala.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

LAGARDE, Marcela y de los Ríos. Del femicidio al feminicidio. *Desde el jardín de Freud*, Bogotá, n. 6, p. 216-225, 2006.

LAPORTA, Elena. La tipificación del feminicidio en México. *Femicidio.net*, Madrid, 13 abr. 2012. Disponível em: <<http://9f0ea2e3.gclientes.com/la-tipificacion-del-femicidio-en-mexico>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. Traduzido por Ana Sofia Schmidt de Oliveira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 39-50, out./dez.1998.

MEXICO. Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. *Diario Oficial de la Federación*, Mexico, 1 de febrero de 2007. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MONTAÑO, Julieta. Reflexões sobre femicídio. Traduzido por Valéria Pandjarijian. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (Org.). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicidio*. Lima: CLADEM, 2012.

NICARAGUA. *Ley n. 779, de 22 de fevereiro de 2012*. Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la ley n. 641. La Gaceta Diario Oficial, Managua, 22 feb. 2012. Disponível em: <[http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley\\_No\\_779\\_Ley\\_Integral\\_Contra\\_la\\_Violencia\\_hacia\\_la\\_Mujer.pdf](http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/leyes/Ley_No_779_Ley_Integral_Contra_la_Violencia_hacia_la_Mujer.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

PERU. *Ley n. 30068, de 18 de julho de 2013*. Ley que incorpora el artículo 108-A al Código Penal y modifica los artículos 107, 46-B y 46-C del Código Penal y el artículo 46 del Código de Ejecución Penal, con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar el feminicidio. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 2013. Disponível em: <[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20130808\\_08.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_08.pdf)>. Acesso em: 4 set. 2013.

PONCE, María Guadalupe Ramos. Mesa de trabalho sobre femicídio/feminicidio. Traduzido por Valéria Pandjarijian. In: CHIAROTTI, Susana; PÉREZ, Cecilia Heraud (Org.). *Contribuições ao debate sobre a tipificação penal do femicídio/feminicidio*. Lima: CLADEM, 2012.

PROGRAM FOR APPROPRIATE TECHNOLOGY IN HEALTH (PATH). *El femicidio en Nicaragua: abordaje y propuesta de indicadores para la acción*. Managua: InterCambios, 2010.

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicidio: la política de matar mujeres*. Nueva York: Twayne, 1992.

TRAMONTANA, Enzamaría. Discriminación y violencia de género: aportes del sistema interamericano de derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.



# Construindo o saber legislativo

## A experiência do mestrado profissional da Câmara dos Deputados

RICARDO DE JOÃO BRAGA  
ANDRÉ SATHLER GUIMARÃES  
ROBERTO CAMPOS DA ROCHA MIRANDA

### Sumário

1. Introdução. 2. Histórico e motivação. 3. Processo de formulação. 4. Conteúdo da proposta de curso. 5. Caracterização como mestrado profissional. 6. Implementação e desafios. 7. Considerações finais.

Ricardo de João Braga é mestre (UnB) e doutor em Ciência Política (IESP/UERJ); é docente do Mestrado Profissional em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados.

André Sathler Guimarães é mestre em Gerenciamento de Sistemas de Informação (PUC/CAMPINAS); mestre em Comunicação (UMESP); e doutor em Filosofia (UFSCAR); é docente do Mestrado Profissional em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados.

Roberto Campos da Rocha Miranda é mestre e doutor em Ciências da Informação (UnB); é docente do Mestrado Profissional em Poder Legislativo da Câmara dos Deputados.

## 1. Introdução

Com os desafios organizacionais e políticos apresentados à Câmara dos Deputados do Brasil – CD a partir da Constituição Federal de 1988, ela passou a formular e implementar de forma ativa sua política de formação de pessoal. Por meio de experiências de treinamento e pós-graduação, em parcerias ou de iniciativa própria, pôde formular e implementar, a partir de 2010, um Curso de Mestrado Profissional em Poder Legislativo. Fruto de discussões plurais dentro da instituição, o curso definiu como área de concentração o Poder Legislativo, a ser abordado dentro de três linhas de pesquisa: Organização do Poder Legislativo; Processos Políticos do Poder Legislativo; Política Institucional do Poder Legislativo.

Pretende-se apresentar e discutir neste trabalho a construção de um saber específico ao Poder Legislativo e sua institucionalização, com base no caso da criação e da implementação do Mestrado Profissional em Poder Legislativo. Inserida no âmbito das políticas de gestão de pessoas da CD, a proposta foi aprovada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) em outubro de 2011 e as aulas iniciaram-se no primeiro semestre de 2013.

Trata-se de uma iniciativa específica, e ainda pouco explorada, de formação de alto nível para o e pelo Poder Público, assegurando-se maior correspondência entre o objeto de estudo e as necessidades do órgão promotor. Destaca-se que se trata da única experiência, em nível mundial, de um curso de pós-graduação *stricto sensu*, com o reconhecimento governamental específico, oferecido por um parlamento, razão que agrega relevância ao presente estudo. Além disso, para vários aspectos do Poder Legislativo, ainda cabe a avaliação de Copeland e Patterson (1997) de que esse poder é subpesquisado<sup>1</sup>.

O objetivo do trabalho é registrar criticamente o processo de formulação e implantação do Mestrado, descrevendo-o analiticamente com o propósito de revelar: i) seus antecedentes e motivações; ii) os momentos e os temas-chaves no processo de formulação; iii) as propostas de conteúdo para o curso; iv) sua caracterização como mestrado profissional; e v) sua implementação, desafios e ganhos para a instituição e para o setor público.

A abordagem escolhida foi a da pesquisa histórico-descritiva, entendida como um processo metodológico adequado para uma pesquisa focada no “como”, além de tratar de fenômeno contemporâneo e não totalmente estudado. As ações de pesquisa envolveram revisão bibliográfica e pesquisa documental. A escolha do estudo de caso como um dos instrumentos metodológicos deve-se à existência de pouca literatura específica sobre o assunto. Para Yin (2001), o estudo de caso ganha relevância

---

<sup>1</sup>Nos últimos anos, a literatura em Ciência Política sobre o funcionamento do Legislativo brasileiro desenvolveu-se bastante, estendendo-se além da Câmara dos Deputados, inclusive para os fenômenos legislativos estaduais e municipais. Contudo, há uma série de questões ainda a serem tratadas e, no que diz respeito ao Poder Legislativo como organização e como promotor de suas políticas de comunicação e educação, compreende-se que ainda se trata de “terra incógnita” (FIGUEIREDO; LIMONGI, 2001).

como método quando são raras as ocorrências (casos) passíveis de estudo ou mesmo quando a variabilidade do fenômeno é baixa; ele também alimenta reflexões passíveis de generalizações analíticas. Portanto, a discussão sobre a criação de um curso de pós-graduação *stricto sensu* especificamente sobre o Poder Legislativo e no âmbito de uma Casa Legislativa possibilita a extrapolação para o âmbito mais geral do caráter dos cursos de mestrados de perfil profissionalizante e para a promoção de cursos de mestrado por escolas de governo.

As seções deste artigo são, além desta Introdução, Histórico e motivação, Processo de formulação, Conteúdo da proposta de curso, Caracterização como mestrado profissional, Implementação e desafios e Considerações finais.

## 2. Histórico e motivação

A CD do Brasil conta atualmente com 513 parlamentares, 15.642 servidores – efetivos, 3.451; cargos de natureza especial, 1.313; secretários parlamentares, 10.398 (BRASIL, 2013a) – e uma área construída de 150.000 m<sup>2</sup>. Recebe a visita diária de 20.000 a 30.000 cidadãos em dias de sessão plenária (Medeiros *et. al.*, 2011), possui sistema próprio de TV e Rádio e Agência de Notícias. Seu orçamento para o ano de 2013 é de aproximadamente R\$ 4,3 bilhões (BRASIL, 2013b).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) colocou novos desafios perante as instituições públicas, entre eles o estabelecimento da eficiência como um dos princípios balizadores da atuação da administração pública (BRASIL, 1988, art. 37) e, como sua contrapartida, a necessária melhora da qualificação dos servidores públicos, realizada por escolas de governo (BRASIL, 1988, art. 39). No âmbito dessa discussão e inspirada nas experiências da Escola Nacional de Administração Pública e

da Escola de Administração Fazendária, a CD criou o Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento – Cefor<sup>2</sup>, uma evolução do que era até então a Coordenação de Seleção e Treinamento.

Em 2004, após a realização de algumas especializações em parcerias com instituições de ensino (Universidade de Brasília e Universidade Federal de Minas Gerais), o Cefor propôs-se a tarefa de realizar autonomamente cursos de pós-graduação *lato sensu* (especialização), no âmbito da possibilidade então existente do credenciamento especial perante o Ministério da Educação – MEC. Essa proposta teve como fundamento a percepção de que seriam necessários cursos que dialogassem de modo mais profundo com as especificidades da CD.

O MEC aprovou o credenciamento especial do Cefor em 2005 (BRASIL, 2005), quando passaram a ser oferecidos, no âmbito da pós-graduação *lato sensu*, diversos cursos de especialização voltados para uma formação mais ampla e aprofundada dos quadros da Câmara, cobrindo as áreas temáticas do processo legislativo, das políticas públicas, da gestão, do orçamento público e, em parceria com outras instituições, da gestão da informação.

Tais iniciativas de formação de pessoal tiveram, desde o início, o princípio de valorização do docente interno e se apoiaram na estrutura da Casa, por meio da Diretoria de Recursos Humanos, do Cefor e da constituição, neste, de uma Coordenação especificamente criada com essa finalidade, a Coordenação de Pós-

-Graduação – Copos. Além disso, essas iniciativas inseriram-se em um âmbito mais amplo de ações de capacitação de pessoal no serviço público, constituindo uma rede de parcerias com a Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Tribunal de Contas da União e o Senado Federal.

A consolidação da experiência da Copos com os cursos de especialização levou a demandas novas em termos de processos formativos, tendo a CD recorrido a uma parceria com o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ – para a realização de um Mestrado e de um Doutorado Interinstitucional em Ciência Política (Minter e Dinter), com início no ano de 2006 e término em 2008 (mestrado) e 2010 (doutorado).

De certa forma, a CD percorreu, no caso do *stricto sensu*, caminho similar ao percorrido anteriormente na especialização (parceria externa → realização interna). O fato é que a realização do Minter e do Dinter trouxe ao cotidiano do Cefor a convivência com pesquisadores de primeira linha no cenário nacional e internacional, além de uma comunidade de 20 novos mestres e 10 novos doutores. Em paralelo, a CD realizou, em 2007, concurso público para Analistas de Recursos Humanos, o qual resultou na aprovação de um elevado número de mestres e doutores (foram contratados 35 servidores, dos quais 13 mestres e 5 doutores).

Portanto, foi a partir das experiências bem-sucedidas de treinamento e especialização, associadas ao desenvolvimento de uma cultura específica de conhecimento sobre o papel e a metodologia dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, que, em 2010, iniciou-se o processo de formulação da proposta de curso de mestrado. Repetindo-se a experiência anterior com o *lato sensu*, buscou-se um processo de construção em duas frentes concomitantes, interna e externamente à CD, em um processo de mútuo estímulo e influência.

---

<sup>2</sup> O Cefor foi criado pelo Ato da Mesa nº 69/1997, o qual remete, como sua justificativa, à Indicação nº 190/1995, que propunha a criação da “Escola de Formação do Servidor Público do Poder Legislativo”. Na justificativa dessa Indicação, por sua vez, encontra-se: “A presente proposição foi apresentada depois de longo período de maturação e teve como balizamento a criação pelo Poder Executivo da ENAP e a ESAF, que tantos frutos têm dado ao progresso do País” (BRASIL, 1995, p. 13.324).

A motivação para tais iniciativas reside no diagnóstico da importância do elemento humano para o bom desempenho da CD. O desafio de se estruturar eficientemente como organização e a necessidade de representar de forma satisfatória o cidadão, produzir boas políticas públicas e ainda comunicar suas ações e realizar sua função de promotor da democracia exigem assim uma série de capacidades pessoais e administrativas identificáveis em cada uma das áreas da CD e que se mostram passíveis de estímulo e aprendizagem por meio de programas de ensino.

Vale dizer que o esforço de ensino no próprio âmbito da CD deriva também da percepção de que vários dos conhecimentos e das capacidades necessários ao funcionamento da instituição não podem ser encontrados de forma satisfatória, ou ao custo adequado, fora da instituição. O atendimento às suas especificidades exige o treinamento e a capacitação atípicos, passíveis de realização na própria instituição. A prática do processo legislativo ou o conhecimento da natureza, do funcionamento e dos objetivos de uma casa legislativa, por exemplo, não são encontrados com a devida profundidade e reflexão em profissionais formados em áreas afins ao Legislativo, como Direito, Ciência Política, Administração, Sociologia ou Comunicação.

A natureza dos processos políticos inerentes ao Poder Legislativo, em especial a interligação permanente com outros órgãos de governo e com a sociedade em geral, fez com que os propósitos das iniciativas de ensino não se circunscrevessem apenas aos servidores da CD, mas alcançassem também funcionários de órgãos e instituições parceiras e profissionais de outras origens que tivessem interação com o Poder Legislativo. É assim uma concepção ampla de qualificação de todos aqueles que interagem com o Poder Legislativo brasileiro.

### **3. Processo de formulação**

O processo de formulação da proposta do curso de mestrado da CD estendeu-se de março de 2010 a meados de 2011 e foi influenciado por três elementos principais:

- a proposta ser patrocinada e vir a desenvolver-se dentro de um órgão de gestão de pessoas da instituição;
- a experiência anterior do Programa de Pós-Graduação;
- a opção pela concepção colegiada.

A primeira influência definidora da proposta derivou do fato de ela ser patrocinada pelo Cefor e também vir a ser implementada em seu âmbito. Essa perspectiva inseriu a proposta na política de desenvolvimento de pessoas da instituição. As principais derivações foram a preexistência de padrões e rotinas já conhecidos para a contratação de professores e a

seleção de alunos. Além disso, como o orçamento do Cefor é elaborado de forma agregada no que tange a recursos para fins de capacitação<sup>3</sup>, a proposta poderia ser acomodada dentro das dotações já correntes.

Outra consequência foi o olhar mais imediato para os servidores do órgão, vistos como público-alvo mais importante. Isso determinou, *in limine*, a orientação e a vocação do futuro curso, inclusive quanto ao seu nome – Mestrado em Poder Legislativo – e ao seu caráter de mestrado profissional. Assim situado, projetou-se que o curso teria também como demanda servidores de outros órgãos do Legislativo, como o Senado Federal, as Assembleias Legislativas, as Câmaras Municipais e os Tribunais de Contas.

Contudo, o ponto mais importante oriundo do fato de a proposta desenvolver-se dentro da área de recursos humanos da CD foi o reconhecimento da complexa rede de avaliação interna à qual ela se submeteria, derivada da ampla e hierarquizada estrutura administrativa da instituição. A inserção inicial da proposta permitiu que se reconhecesse a extensa subordinação hierárquica a que seria submetida (fonte de considerável grau de incerteza quanto à sua aprovação) e que se reagisse estrategicamente. Com o objetivo de angariar apoio, bem como garantir a consistência da proposta, optou-se, desde o princípio, pela sua construção colegiada e pela consulta a diversos interessados de modo prévio, a fim de elucidar e desenvolver pontos considerados frágeis ou insuficientes.

A segunda influência, a experiência anterior do Programa de Pós-Graduação, possibilitou uma reflexão mais sólida sobre os aspectos propriamente acadêmicos da proposta. O programa já possuía cabedal na oferta de cursos de especialização, o que permitiu desenvolver diagnóstico das necessidades específicas da CD. Nesse contexto, verificou-se que o objetivo maior é o da formação de quadros de excelência no Poder Legislativo, o que implicou a decisão por um curso de mestrado profissional, com duas características marcantes: de um lado, voltado para a reflexão e o pensar do Legislativo, atentando para suas peculiaridades e necessidades próprias; de outro, para a utilização do aparato e da proximidade das Casas Legislativas, mormente da CD, como laboratório vivo de experiências a serem observadas, descritas e avaliadas.

Também importante foi haver recursos prévios para desenvolver a docência, a pesquisa e a extensão, o conhecido tripé da educação superior. No campo da pesquisa, a Copos criou, logo em 2006, a figura dos Grupos

---

<sup>3</sup>Uma vez que é difícil prever com exatidão todos os cursos e treinamentos a serem realizados pelo Centro, inclusive porque a demanda é dinâmica, a programação orçamentária é feita de forma a se reservar uma dotação, com base na experiência de anos anteriores e em alguns exercícios projetivos, para retribuição de atividades docentes. Os demais recursos, como os de infraestrutura, já se encontravam disponíveis no Cefor.

de Pesquisa e Extensão (GPE), tendo como um dos objetivos promover, nos cursos de especialização, a dimensão da produção do conhecimento. A extensão, por sua vez, foi direcionada para a área de publicações, com a criação de um periódico científico<sup>4</sup> e a publicação de diversos livros.

Um ponto central que diz respeito tanto às experiências dos cursos de especialização quanto à formação dos Grupos de Pesquisa e Extensão foi a criação de uma rede de pesquisadores, tanto internos quanto externos à CD (pois tanto a docência na especialização quanto a participação nos grupos de pesquisa são abertas a pesquisadores não servidores do órgão), que produziu a necessária massa crítica para a proposta. De fato, as linhas de pesquisa e a área de concentração da proposta foram pensadas a partir da experiência dos cursos e dos grupos de pesquisa e extensão.

A terceira influência, a concepção colegiada da proposta, foi possível devido à existência na CD de um número considerável de servidores com titulação e experiência acadêmica. Ao longo de 2010, reuniu-se um grupo de nove servidores já doutores ou em processo de doutoramento, que produziu uma proposta base, com definição de área de concentração, critérios para seleção e categorização de docentes, público-alvo e questões administrativas (desde apoio material e financeiro até aspectos burocráticos, que ganham destaque em uma instituição que não é, originalmente nem precipuamente, uma instituição de ensino superior). No fim do ano, a proposta foi apresentada a toda a comunidade interessada da CD, composta pelos membros dos Grupos de Pesquisa e Extensão e demais servidores. Na ocasião, foi aberto o convite para a adesão à proposta, na qualidade de possíveis futuros docentes, tendo sido constituído um grupo informal de 21 servidores. No início de 2011, esse grupo ampliado procedeu à formalização do que seriam as três linhas de pesquisa, bem como à apresentação de propostas de disciplinas. Com base nesse material, foi finalizada a proposta, enviada à apreciação da Capes em agosto de 2011.

A opção pela construção colegiada definiu tanto a pluralidade de perspectivas contida no curso quanto a criação de um amplo grupo de apoio à proposta. Elemento importante é que o grupo o qual formulou a proposta, tanto em seu momento mais restrito quanto após a abertura à comunidade mais ampla da CD, passou a compor seu quadro docente inicial, criando-se uma linha de continuidade entre formulação e implementação. É necessário ressaltar que a diversidade de formação do corpo docente e o enfoque multifacetado do Poder Legislativo engendraram uma proposta eminentemente interdisciplinar, com a agregação dos estudos de diversas correntes de saber sobre o mundo legislativo.

---

<sup>4</sup>Revista *E-Legis*, atualmente classificada no Qualis/Capes como B3 nas áreas de Ciência Política e Relações Internacionais, Arquitetura e Urbanismo e Sociologia.

## 4. Conteúdo da proposta de curso

As discussões ocorridas no processo de formulação permitiram que se definissem a área de concentração e as linhas de pesquisa do curso. A partir de um objeto comum, mas sob a influência das formações distintas dos docentes<sup>5</sup> e também das áreas de atuação diversas dentro da CD, construíram-se três diferentes linhas de pesquisa:

1. Organização do Poder Legislativo;
2. Processos Políticos do Poder Legislativo;
3. Política Institucional do Poder Legislativo.

As linhas dividem-se com base em diferentes enfoques, não em objetos. O orçamento público, por exemplo, pode ser tratado na linha 1, se se trata de sua destinação ao próprio Poder Legislativo. Pode também ser objeto da linha 2, se se trata do processo político relativo às definições sobre o orçamento. E ainda pode ser objeto da linha 3, caso se trate da política de divulgação dessas informações realizada pelas Casas Legislativas. As linhas trazem assim perspectivas diferenciadas, apoiadas sobre uma base que se nutre fortemente de uma concepção interdisciplinar.

A linha Processos Políticos do Poder Legislativo pode ser entendida sob um ponto de vista inicial de um Poder Legislativo “base zero”<sup>6</sup>, isto é, a ideia do Poder Legislativo como manifestação “crua” nos sistemas políticos que advogam a divisão de Poderes e a democracia. Em seus traços básicos, o Poder Legislativo seria apenas uma das esferas nas quais o poder público se divide, extensão de poder conferida

a uma comunidade de representantes que operam suas funções políticas de modo legítimo perante a sociedade. Partindo-se desse núcleo constitutivo básico, erguem-se a complexidade dos fenômenos políticos típicos do Legislativo contemporâneo, como a representação, o processo legislativo, a fiscalização, e as perspectivas de análise que focam nos parlamentares (carreira, comportamento), nos partidos e nas próprias regras legislativas. A Sociologia Política, o institucionalismo da Ciência Política e o Direito parlamentar são perspectivas temáticas e teóricas valorizadas.

A linha Política Institucional do Poder Legislativo assenta-se em um desenvolvimento usual, embora não necessário ou inerente, dos Poderes Legislativos: a disseminação institucional de informações sobre a atividade parlamentar e a educação para a democracia. Atualmente, muito dos esforços das Casas Legislativas são voltados à disseminação de informações sobre sua atuação e a ações institucionais de ensino, sensibilização e valorização de práticas democráticas. Essa linha pretende dedicar-se a essas duas atividades, educação e comunicação, promovidas de forma institucional pelos Poderes Legislativos. Nessa perspectiva, trata de um ator unitário, que age como qualquer órgão público a promover políticas públicas que lhe são afetas.

A linha Organização do Poder Legislativo trata o Poder Legislativo como uma organização. Por um lado, poder-se-ia imaginar um Poder Legislativo “base zero”, nada institucionalizado e que seria pobre ou inexistente como organização. Por outro, contudo, a realidade atual, como se pode ver pelo interesse nas políticas de comunicação e educação, é de organizações bastante complexas e extensas, com vistas a dar conta de uma variedade de funções que os Legislativos encamparam ao longo da história. Sob a perspectiva da institucionalização (POLSBY, 1968), Legislativos são organizações cada vez

<sup>5</sup> Os docentes têm formação diversa: Administração, Arquitetura, Ciência da Informação, Ciência Política, Direito, Comunicação, Economia, Psicologia, Filosofia, Engenharia, Letras, Medicina, Biologia.

<sup>6</sup> A expressão “base zero” vem das discussões sobre orçamento público, em que “base zero” traduz a ideia de um processo orçamentário que pudesse ser pensado desde o início, como se não houvesse uma trajetória histórica a determinar as escolhas contemporâneas.

mais complexas, que alocam quantidade significativa de recursos e organizam uma miríade de atividades.

Assim, Legislativos podem ser compreendidos como organizações que operam sob interesses políticos e burocráticos [vale lembrar aqui as contribuições dos teóricos da escolha pública (TULLOCK, 2004)] e que ainda ganham os contornos específicos de burocracias público-estatais.

O curso foi aprovado pela área de Ciência Política e Relações Internacionais da Capes, mas a interdisciplinaridade é central e se relaciona com a visão plural dos formuladores da proposta, que, como já destacado, têm diferentes formações e áreas de atuação dentro da instituição. Acredita-se que a apreensão do fenômeno Poder Legislativo, tanto como função do Estado quanto como órgão por ela responsável, é bastante enriquecida sob uma perspectiva alimentada por diversas disciplinas capazes de colaborar entre si.

Uma decorrência importante da reconhecida interdisciplinaridade é que o rol de disciplinas oferecido não tem similar próximo em cursos canônicos já estabelecidos na academia brasileira, como o de Ciência Política.

Essa interdisciplinaridade, por outro lado, apresenta-se como um grande desafio para a construção do curso. Nesse primeiro momento de implementação, procurou-se apresentar disciplinas que fossem interdisciplinares em seu conteúdo e que tivessem, preferencialmente, sua condução por duplas ou trios de professores, realizando-se a aproximação tanto na proposta de conteúdos quanto na vivência de ensino e pesquisa.

## 5. Caracterização como mestrado profissional

Outro aspecto relevante para o desenvolvimento do curso foi a opção deliberada por

um mestrado profissional. O MEC instituiu suas regras (BRASIL, 2009) e estabeleceu a diferenciação quanto ao mestrado acadêmico quando definiu:

“Art. 3º O mestrado profissional é definido como modalidade de formação pós-graduada stricto sensu que possibilita:

I – a capacitação de pessoal para a prática profissional avançada e transformadora de procedimentos e processos aplicados, por meio da incorporação do método científico, habilitando o profissional para atuar em atividades técnico-científicas e de inovação;

II – a formação de profissionais qualificados pela apropriação e aplicação do conhecimento embasado no rigor metodológico e nos fundamentos científicos;

III – a incorporação e atualização permanentes dos avanços da ciência e das tecnologias, bem como a capacitação para aplicar os mesmos, tendo como foco a gestão, a produção técnico-científica na pesquisa aplicada e a proposição de inovações e aperfeiçoamentos tecnológicos para a solução de problemas específicos” (BRASIL, 2009, p. 1).

O mestrado profissional busca promover um saber aplicado, com incidência do emprego de métodos científicos a eventos concretos. À luz dessa diretriz, o Mestrado Profissional em Poder Legislativo da CD foi delineado para que os mestrandos estabeleçam a relação entre a teoria acadêmico-científica e a práxis legislativa, por meio de atividades complementares às regularmente desenvolvidas e também pelo esforço docente-discente em direcionar as reflexões das aulas tradicionais às realidades vividas e experimentadas. Assim, a proposta do curso é superar os ditames do pensamento enrijecido, característico em estruturas fortemente burocratizadas e hierarquizadas, sobretudo naquelas em que grande parte do processo de capacitação se dá pela via da formação em serviço.

Burocracias mecanizadas (MINTZBERG, 2003), com rígida divisão de tarefas e atribuição de competências, tendem a gerar posturas imediatistas e fragmentárias, caracterizadas pela irreflexão no fazer, contrária ao movimento emancipatório da razão. Essa dimensão emancipatória só é passível de resgate mediante propostas de experiências formativas que conduzam a uma transformação da pessoa, ainda no curso do contato com sua realidade objetiva, mas com a devida mediação reflexiva. Do aluno do Mestrado Profissional espera-se que aprenda não só o que deverá fazer; antes, que desenvolva um horizonte orientativo, o qual não só complementa, mas suplante sua perspectiva de preparação para o imediato.

Em perspectiva diante de atividades de treinamento e de especialização, vê-se que sobressai no mestrado profissional sua natureza crítico-avaliativa do mundo profissional. Um treinamento é algo que capacita o aluno em uma habilidade definida e circunscrita em seu universo de habilidades e competências, e seu resultado, quando inserido de forma adequada nas rotinas de trabalho da organização, é de ganhos significativos, mas de natureza incremental. A especialização, por sua vez, aprofunda o conhecimento de determinado objeto de estudo e, em relação ao treinamento, caracteriza uma ampliação do horizonte de conhecimento e aprendizagem.

A perspectiva crítico-avaliativa do mestrado, por seu turno, enfatiza a participação do sujeito no processo ensino-aprendizagem-aplicação. A crítica/avaliação consiste na interpretação, valoração e reformulação por parte do aluno dos conhecimentos já adquiridos ou desenvolvidos durante o curso. No sentido profissional, não se trata de conseguir uma habilidade prática para algo já em funcionamento na organização, mas sim a capacidade de julgar tais atividades sobre sua pertinência e conformação aos objetivos desejados, e mesmo reconsiderar esses objetivos e atividades. Espera-se desse tipo de aprendizagem que os ganhos não sejam incrementais a atividades já estabelecidas, mas se caracterizem como transformações qualitativas, as quais, embora não sejam frequentes, transladam as atividades profissionais a outro patamar. Ressalte-se que uma decorrência possível dessa atitude crítica, principalmente em burocracias mecanizadas, é a recepção insatisfatória do egresso do curso em seu ambiente profissional, devido à perspectiva contestatória oriunda do curso de mestrado, pouco compatível com o ambiente estável e previsível do trabalho.

Saliente-se ainda que a discussão quanto à especificidade do mestrado profissional e à sua viabilidade para as diversas áreas do conhecimento ainda permanece em aberto. Vasconcelos e Vasconcelos (2010, p. 361) discutem a questão no âmbito da Administração, a partir de um questionamento sobre a relação entre teoria e prática:

“A introdução de mestrado profissional em disciplina acadêmica, por definição voltada para a prática profissional como a Administração, não pode deixar de chamar a atenção. Esta proposta remete a problemas fundamentais ainda não resolvidos: (1) Que é conhecimento em administração? (2) Que é prática em administração? (3) Qual a relação entre esses dois elementos? A rigor a questão fundamental que se coloca aqui é a seguinte: É possível ter um conhecimento Teórico em administração dissociado da Prática?” (VASCONCELOS, F.; VASCONCELOS, I., 2010, p. 361).

*Mutatis mutandis*, a questão se coloca para a Ciência Política com a inversão da pergunta: existe um conhecimento prático em Ciência Política que seja dissociado da Teoria? A proposta do Mestrado Profissional da Câmara pretende responder afirmativamente a essa questão, focando, preliminarmente, o conceito de operador.

É certo que múltiplos fatores concorrem para a configuração do campo de atuação profissional e dos atributos desejáveis ao operador do Poder Legislativo. Esse ator é alguém que ocupa um lugar profissional no próprio Poder Legislativo (seja subordinado à sua administração, seja interagindo com ele como ator externo), produzindo e reproduzindo conhecimento a partir de sua prática cotidiana. Essa produção de caráter eminentemente empírico-profissional não se dá, contudo, irrefletidamente. O que acontece é que o processo de reflexão é determinado pelo lugar ocupado pelo operador e, nesse sentido, o lugar é determinante da reflexão. Não se quer afirmar com isso que o conhecimento seja enviesado ou não-isento, em termos, por exemplo, de um processo de observação participante mal conduzido. O que se busca ressaltar é que o operador se defronta, por um lado, com injunções próprias do fazer – a viabilidade; por outro, lida com detalhes operacionais, um tipo de conhecimento tácito que só quem participa efetivamente pode obter – a efetividade. A

conjunção entre viabilidade e efetividade gera um tipo específico de saber, pragmático, que permite a ação imediata.

A proposta do mestrado profissional é que o conhecimento profissional, considerado como um ativo, seja lapidado pela metodologia científica, de modo a agregar valor à prática profissional do operador do Poder Legislativo. No caso da proposta da CD, com base nessa discussão preliminar, foi previsto na proposta um componente diferenciado – as chamadas atividades complementares. Por meio delas, pretende-se desenvolver competências para articular a formação do aluno com seu contexto de prática profissional. Entendem-se por atividades complementares:

“(…) três conjuntos de atividades, cada uma deles com 2 créditos. O primeiro é constituído pelas Atividades Acadêmicas, as quais devem ser efetivadas por meio de participação em projeto de pesquisa, participação em projeto cultural ou artístico, participação em eventos acadêmicos e científicos. O segundo é constituído pela Atividade Profissional Supervisionada no Legislativo que proporcionará ao discente a oportunidade de atuar em programas específicos ou participar de uma atividade de rotina do Legislativo sob a supervisão do seu orientador, relacionando o curso a uma atividade profissional do aluno. O terceiro grupo, denominado Laboratório no Parlamento, consiste no acompanhamento com observação, registro e análise de espaços e ações próprias do Legislativo. Todas as atividades complementares têm como fim ampliar e fortalecer o processo formativo do aluno ao mesmo tempo que oferecem uma interface entre o mundo acadêmico e o profissional no campo do Legislativo” (BRASIL, 2011, p. 15).

Detalhando com mais profundidade as atividades complementares indicadas como acadêmicas (BRASIL, 2011), podem-se estabelecer três grupos de ações que as compreendem:

a) Disciplinas, cursos e congressos: correspondem a disciplinas e cursos extracurriculares, no formato presencial ou a distância, em instituição de ensino superior brasileira reconhecida pelo MEC, ou estrangeira de ilibada reputação; à participação em congresso ou conferência; à organização de congresso ou conferência como membro do comitê organizador; e a palestras proferidas pelo discente, entre outros;

b) Pesquisa: participação em grupos de pesquisa e extensão da CD ou em projeto de pesquisa de docente do Curso de Mestrado Profissional em Poder Legislativo; publicação de artigo, ensaio, monografia, livro ou similar, seja a obra individual, seja coletiva; e participação, como ouvinte, em sessões plenárias que tratem de temas relevantes à pesquisa do aluno;

c) Atividade profissional: atividade profissional ou em grupo de trabalho cuja produção técnica seja relevante ao trabalho de pesquisa.

A atividade profissional supervisionada, desenvolvida em caráter *intuitu personae*, leva em consideração o objeto de trabalho do discente, seus objetivos e métodos, o que obriga o docente-orientador a estabelecer roteiro de atividades e ações que assegurem ao orientando a incorporação de conhecimentos e habilidades relacionados à prática legislativa. No caso, a proposta é tornar o aluno observador ativo no processo de ensino pragmático de aprendizagem, colocando-o na posição de captador de informações e, ao mesmo tempo, crítico das situações observadas.

Já as atividades do Laboratório no Parlamento incluem, entre outras:

a) acompanhar audiências públicas sobre temas em debate e de interesse da CD;

b) acompanhar e registrar sessões no Plenário, identificando aspectos organizacionais, processuais e de política institucional;

c) avaliar a atuação nas comissões, identificando processos e estruturas, formais e informais, que caracterizem esses órgãos;

d) conhecer a execução processual de atividades administrativas na prática, objetivando compará-las com exemplos da literatura e identificando possibilidades de reflexão quanto à utilidade, à viabilidade e à necessidade de sua realização.

Basicamente, o método a ser empregado na condução dos trabalhos pelos discentes é a observação, que é bastante pertinente a atividades das ciências sociais nas quais se insere este mestrado. Assim, três tipos de observação são utilizados como método de coleta e análise, a saber (GIL, 2011): observação simples, observação participante e observação sistemática.

Apesar da reflexão apresentada nesse tópico, cabe ressaltar que a discussão quanto aos contornos e aos fatores diferenciais do mestrado profissional em relação ao mestrado acadêmico é fluida e ainda não completamente definida, dada a própria incipiência do assunto no sistema de pós-graduação brasileiro. Verifica-se tanto a incidência de pesquisas

oriundas dos mestrados profissionais sobre temas eminentemente acadêmicos quanto a geração de conhecimentos práticos e aplicados em mestrados acadêmicos (CAMPANARIO et al., 2009, p. 433). Essa convivência, em certa medida, é salutar, conforme Campanario et al (2009, p. 433):

“É de grande valia ter como referência a existência simultânea das duas modalidades de curso (acadêmico e profissional), pois cria uma referência mútua, uma espécie de ‘efeito demonstração’, em que as práticas do acadêmico criam parâmetros de delimitação do profissional e vice-versa.”

## 6. Implementação e desafios

A partir da aprovação da proposta, houve diversas reuniões preparatórias ao longo do ano de 2012, envolvendo os futuros professores do curso, que constituíram um “proto-colegiado”, enquanto não aconteceu a formalização do grupo. Discutiram-se principalmente a questão da dedicação dos professores ao curso (uma vez que todos eram servidores da CD, com lotações e atribuições específicas), bem como a questão das disciplinas a serem oferecidas.

Ao longo do segundo semestre de 2012, intensificou-se o esforço de elaboração dos planos de curso das disciplinas, processo que exigiu bastante esforço, dados o caráter inédito do curso e a persistência na premissa de manter um olhar ao mesmo tempo interdisciplinar e focado no Poder Legislativo. Dessa forma, não havia como incorporar ao rol de disciplinas oferecidas cadeiras tradicionais em outros cursos de pós-graduação. Exemplo dessa postura foi a insistência em não oferecer cadeiras específicas de alguma área tradicional do saber, como “Direito Constitucional” ou “Gestão de Pessoas”. Todas as disciplinas deveriam buscar refletir a especificidade do Poder Legislativo e a convergência de áreas diferenciadas do saber. Assim, chegou-se, na primeira oferta, a um total de sete disciplinas, conforme apresentado pelo Quadro 1.

O ano de 2012 também foi marcado por diálogos internos no tocante à organização administrativa do Curso e seu recepcionamento pela estrutura da Casa, uma vez que o mestrado representa um nível diferenciado de comprometimento por parte dos docentes, bem como exigências mais intensas de infraestrutura administrativa.

O principal desafio, em um primeiro momento, é a consolidação do curso, de forma a assegurar a regularidade na sua oferta e o cumprimento dos requisitos do processo de avaliação da Capes. Em um segundo momento, o desafio maior é a realização de uma cartografia do saber própria do Saber Legislativo, uma das motivações originais da proposta de criação de um curso de pós-graduação sobre o tema.

## Quadro 1– Disciplinas e respectivas ementas

DISCIPLINA	EMENTA
Seminário em Poder Legislativo	Estudo do Poder Legislativo como um fenômeno interdisciplinar sob a perspectiva de sua estrutura organizacional e administração, dos seus processos políticos e da sua política institucional.
Legislativo e Representação Parlamentar	Representação, soberania popular e democracia. A função representativa do Legislativo. Deliberação e política social no Legislativo brasileiro. Esferas e instituições representativas. Conexão eleitoral e comportamento parlamentar. Controle social e participação política no Parlamento.
Comunicação Organizacional no Poder Legislativo	Teorias da organização e comunicação organizacional. Comunicação em burocracias hierarquizadas. Comunicação interna e posicionamento político-institucional do Legislativo. Instrumentos de Comunicação Organizacional do Parlamento.
Comunicação, Legislativo e Opinião Pública	A inter-relação entre mídia e política. A interação do Poder Legislativo com os veículos de informação. A divulgação do Poder Legislativo e a qualidade da democracia. Participação e deliberação em parlamentos. Imagem institucional do Poder Legislativo e as pesquisas de opinião pública.
Modernização Administrativa do Poder Legislativo	A Gestão Pública e o Parlamento. O Legislativo e as práticas gerenciais contemporâneas: gestão estratégica, gestão do conhecimento e da informação, gestão por processos, sistemas de gestão da qualidade, gestão por competências.
Comunicação no Legislativo	Democracia e mídia. Funções da mídia nos regimes democráticos. Comunicação Pública. Comunicação Institucional. Comunicação Política. Estratégias de comunicação do Legislativo. Mídias Legislativas.
Estrutura Organizacional e Processo Decisório Legislativo	Relações entre sociedade, estrutura administrativa e parlamentares. Impacto do processo decisório na organização do Legislativo. Estudo comparado sobre a organização administrativa da casa legislativa e as atividades do Poder Legislativo.

Fonte: elaboração própria.

## 7. Considerações finais

O Mestrado Profissional em Poder Legislativo é uma experiência ainda em seu início e caracterizada, em vários aspectos, pelo signo do novo. Busca inserir-se no contexto dos mestrados profissionais fomentados pelo governo federal brasileiro, ainda em formação e definição. Construir essa identidade é um desafio e um horizonte a ser perseguido pelo curso, em consonância com a área e a Capes.

Trata-se de também de uma novidade no âmbito da CD. Mestrados promovidos por entidades do governo que não constituem prioritariamente instituições de ensino superior ainda são raros, valendo citar os do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (Escola Nacional de Ciências Estatísticas – ENCE), do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro. As dificuldades, os incentivos e os caminhos para a criação

e a institucionalização dessas iniciativas são bastante particulares, o que exige criatividade e invenção de seus formuladores e implementadores.

Por fim, outra novidade é o curso para seus docentes. Formados em várias áreas e aproximados por sua prática profissional dentro de uma mesma organização – embora múltipla e complexa –, enfrentam esforços de pesquisa e ensino de natureza nova. Com as primeiras disciplinas em funcionamento em 2013, o que se vê é que a estratégia de docência em duplas ou trios se mostra adequada, pois tem dado um caráter homogêneo às propostas de ensino e aproximado iniciativas de pesquisa.

A procura pelo curso revela-se favorável, o que motivou o oferecimento de mais vagas já no segundo processo seletivo (passando a entrada semestral de 12 para 15 alunos).

Em termos de ganhos institucionais para a CD, tem-se, primeiramente, uma formação mais ampla e completa oferecida ao seu quadro de funcionários. Essa missão primeira permite que a instituição gere internamente condições para a superação de suas dificuldades, com base no elemento organizacional mais importante: as pessoas.

Ganho também relevante é a colaboração com a imagem da instituição. A valorização de uma instância de reflexão e ensino voltada à sua própria natureza – o Poder Legislativo – e que insere a CD de forma destacada no âmbito das Casas Legislativas brasileiras possibilita o aprofundamento da reflexão sobre sua missão e objetivo dentro da sociedade brasileira. Pode-se entender que a CD assumiu para si a tarefa de pensar a si própria.

Finalmente, a institucionalização de um curso de mestrado sobre Poder Legislativo em uma escola de governo alimenta as demais Casas Legislativas, os demais Poderes e a sociedade em suas reflexões sobre o Legislativo. A democracia é um sistema político vivo e complexo, o único capaz de conduzir uma sociedade à prosperidade, à justiça e à igualdade, e conhecê-la é forma de valorizá-la e fazê-la evoluir.

## Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Ato da mesa nº 69. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, p. 13.324, 17 jun. 1995.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Portaria MEC nº 51/2005, de 11 de janeiro de 2005. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jan. 2005.

\_\_\_\_\_. Ministério de Estado da Educação. Portaria normativa nº 7, de 22 de junho de 2009. Dispõe sobre o mestrado profissional no âmbito da Fundação Coordenação Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 2009. Disponível em: <<http://meclegis.mec.gov.br/documento/view/id/132>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Curso de mestrado em poder legislativo: projeto pedagógico-administrativo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Recursos humanos: quadro de pessoal e estrutura remuneratória da Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013a. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/transparencia/recursos-humanos/quadro-remuneratorio>>. Acesso em: 16 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Gestão na Câmara dos Deputados, execução orçamentária, órgão Câmara*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/transparencia/gestao-na-camara-dos-deputados/camara/orcamento/orcamento-da-camara/Pasta-de-conteudos-2012/execucao-orcamentaria-orgao-camara/execucao-orcamentaria-orgao-camara>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

CAMPANARIO, Milton de Abreu et al. Desenvolvimento de um curso de mestrado profissional sob a perspectiva da gestão de projetos. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, São Paulo, v. 11, n. 33, p. 423-442, out./dez. 2009.

COPELAND, Gary W.; PATTERSON, Samuel C. *Parliaments in the modern world: changing institutions*. Michigan: University of Michigan, 1997.

FIGUEIREDO, A. C.; LIMONGI, F. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa em ciência social*. 6 ed. 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

MEDEIROS, V. A. S. et al. *A política do espaço: uma investigação comparativa entre a estrutura espacial e o desempenho das atividades em casas legislativas (Congresso Nacional/Brasil e Assembleia da República/Portugal)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

MINTZBERG, H. *Criando organizações eficazes*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POLSBY, N. The institutionalization of the U. S. house of representatives. *American Political Science Review*, Washington, v. 62, p. 144-168, 1968.

TULLOCK, Gordon. *Bureaucracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2004.

VASCONCELOS, Flávio; VASCONCELOS, Isabella Freitas Gouveia. As dimensões e desafios do mestrado profissional. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 14, n. 2, p. 360-366, mar./abr. 2010.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2001.



# Perspectivas para o exercício da cibercidadania

Como a utilização de assinaturas digitais para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular pode contribuir para a democracia?

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

DANIELLI GADENZ

LETÍCIA ALMEIDA DE LA RUE

## Sumário

1. Introdução. 2. A expansão do ciberespaço e a emergência de uma nova esfera pública mundial. 2.1. Potencialidades do ciberespaço: a teledemocracia. 2.2. Cibercidadania ou cidadania.com? Riscos da teledemocracia. 3. Cibercidadania como um direito de terceira geração: possibilidades do exercício da cidadania na internet. 3.1. O exercício da cibercidadania: a iniciativa popular pela internet como instrumento de democracia participativa. 3.2. A utilização de assinatura digital para subscrição de projetos de lei de iniciativa popular: análise dos projetos de lei em trâmite. 4. Conclusão.

Valéria Ribas do Nascimento é Doutora em Direito pela UNISINOS, com período de pesquisa na Universidade de Sevilha. Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito e Professora da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

Danielli Gadenz é mestranda em Direito da UFSM.

Letícia Almeida de la Rue é mestranda em Direito da UFSM.

## 1. Introdução

A participação da sociedade na esfera pública, como reflexo do exercício da cidadania, é condição para a existência e consolidação de regimes democráticos. Nesse sentido, a emergência do ciberespaço, ao reconfigurar essa esfera pública, transformou o agir político, trazendo novas possibilidades de comunicação e acesso a informações e, conseqüentemente, novos modos de participação na vida cívica.

Desse modo, o presente trabalho parte do pressuposto de que as tecnologias da informação e comunicação, com destaque para a internet, podem engendrar uma mudança na relação entre Estado e cidadãos, suscitando novas formas de participação popular mais ágeis e eficientes.

A partir das concepções de Perez Luño (2004, 2012) sobre *teledemocracia e cibercidadania*, busca-se verificar como a utilização internet pode estimular a participação cidadã e dar novos contornos para a democracia.

Uma das possibilidades de participação direta da população presente na Constituição Federal de 1988 é a iniciativa popular. Contudo, os requisitos legais para a apresentação de projetos de iniciativa popular são tão exigentes que dificultam a mobilização cidadã. Como um dos principais entraves é a coleta de assinaturas – uma vez que a Constituição exige que o projeto de lei seja subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles –, a internet pode configurar um espaço promissor para facilitar o recolhimento do número mínimo de assinaturas. Em razão disso, já tramitam na Câmara dos Deputados diversos projetos de lei visando regulamentar a coleta de assinaturas digitais para a propositura de projetos de lei de iniciativa popular.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar as potencialidades da internet no sentido de estimular a participação cidadã, contribuindo para a democracia, bem como verificar, ao lado dos aspectos promissores, os riscos do uso das tecnologias da informação e comunicação no campo político. Ao final, pretende-se também examinar como a regulamentação da coleta de assinaturas digitais para a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular pode configurar um caminho para consolidar a participação cidadã na esfera pública, promovendo a cibercidadania.

Para tanto, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, em conjunto com a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio da análise doutrinária sobre o tema. Como método de procedimento, utilizou-se o monográfico, a

partir da análise dos projetos de lei que visam regulamentar a assinatura digital para projetos de iniciativa popular. O trabalho foi dividido em duas partes: primeiramente, foi feito um estudo acerca da emergência do ciberespaço e das suas potencialidades e riscos para a democracia; na segunda parte, efetuou-se uma análise da cibercidadania como um direito de terceira geração, e da possibilidade de exercê-la por meio da iniciativa popular para, ao final, analisar os projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados que intentam regulamentar a coleta de assinaturas digitais para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular.

## **2. A expansão do ciberespaço e a emergência de uma nova esfera pública mundial**

Os telefones móveis, a televisão por satélite, a interconexão mundial de computadores – a qual integrou todas as mídias precedentes em um novo meio de comunicação interativo e original – dão origem à chamada cibercultura, entendida como o conjunto tecnocultural emergente do final do século XX que surge impulsionado pela sociabilidade pós-moderna em sinergia com a microinformática e com o aparecimento das redes telemáticas mundiais. Trata-se de uma forma sociocultural que modifica hábitos sociais, práticas de consumo, ritmos de produção e difusão de informação, cria outras formas de relações de trabalho, lazer, e sociabilidade. Todo esse conjunto dita o ritmo das transformações sociais, econômicas, culturais e políticas do século atual (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 21-22).

As três grandes características da cibercultura são: a liberação da palavra (a internet permite a todos se expressarem, sem que precisem passar por uma mediação prévia, retirando assim a hegemonia das mídias de massa); a conexão e a conversação mundial (que possibilita o sur-

gimento da inteligência coletiva); e a consequente reconfiguração social, cultural e política, que faz com que se possa pensar numa reconfiguração da esfera pública e numa democracia mais colaborativa, plural e aberta (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 25-26).

As ações de produzir, distribuir e compartilhar são princípios fundamentais do ciberespaço e que devem, principalmente no Brasil, ser usados para produzir conteúdo próprio, compartilhar informação e assim enriquecer nossa cultura e modificar o fazer político (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 27). Com efeito, essa reconfiguração da esfera pública, como resultado do desenvolvimento e da expansão do ciberespaço, gera imensas possibilidades do ponto de vista da democracia.

Segundo Lemos e Lévy (2010, p. 26-27), antes dessas reconfigurações, predominavam as mídias massivas, baseadas apenas na divulgação de informação para um público homogeneizado. Com a entrada em cena das mídias pós-massivas – com destaque para a internet –, passa a haver, na esfera informacional, uma liberdade de expressão, memória e navegação infinitamente maior que antes, propiciando a mobilização da inteligência coletiva, e o consequente surgimento de formas de comunicação e intercâmbio de conteúdo, de forma ampla, aberta e multidirecional. Em consequência disso, na medida em que ter mídias livres é condição básica para o exercício da democracia e a estrutura aberta, transversal, livre e colaborativa da internet potencializa a relação entre comunicação e política, abrem-se possibilidades de exercício político democrático.

Assim, as mídias interativas, as comunidades virtuais e a explosão da liberdade de expressão possibilitadas pela internet trazem, segundo Lemos e Lévy (2010, p. 33-34), um novo espaço de comunicação – inclusivo, transparente e universal – que pode renovar as condições de vida pública no sentido de uma maior liberdade e responsabilidade dos cidadãos. Verifica-se, portanto, que as potencialidades abertas por esse novo cenário são bastante amplas, tais como a introdução do governo eletrônico na administração pública e a possibilidade de exercício de uma democracia mais direta.

Castells (2008, p. 349), corroborando o exposto, menciona que as tecnologias da informação podem ser utilizadas pelos cidadãos para que eles aprimorem seus controles sobre o Estado, por meio do acesso a informações armazenadas em bancos de dados de uso público, interação *on-line* com representantes políticos e acompanhamento de sessões políticas ao vivo. Explica Castells que (2008, p. 409-410) o acesso *on-line* a informações e a comunicação mediada por computador facilitam a difusão de informações, proporcionando interação e debates em fóruns eletrônicos independentes, que escapam ao controle da mídia tradicional. Por meio de referendos eletrônicos, pode-se assegurar aos cidadãos

o direito de participar da vida política, passando ao largo de estruturas políticas já estabelecidas.

Cardon (2012, p. 1-2) afirma que a internet alarga o espaço público e transforma a própria natureza da democracia, na medida em que aprofunda e torna complexo o regime democrático. Contudo, o autor alerta para o fato de que não se devem acolher tais mudanças sem reflexões, porque “antes de celebrá-la, é preciso pensá-la, questionando ao mesmo tempo seus limites” (CARDON, 2012, p. 2). Por isso, o próximo tópico abordará as potencialidades e riscos do ciberespaço, partindo do conceito de *teledemocracia* utilizado por Perez Luño (2004), em sua obra *¿Ciber-ciudadaní@ o ciudadaní@.com?*.

## 2.1. Potencialidades do ciberespaço: a teledemocracia

A inserção das tecnologias da informação e da comunicação na esfera pública, e conseqüentemente, nas práticas políticas, originam o que Perez Luño (2004, p. 60) denomina *teledemocracia*: o conjunto de teorias e de fenômenos relacionados à incidência das novas tecnologias na política ou, em outras palavras, a projeção das novas tecnologias nos processos de participação política das sociedades democráticas.

No caso brasileiro, existem experiências inovadoras nessa direção, como sites oficiais, vinculados às três funções estatais – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário – que informam sobre as últimas notícias vinculadas ao governo, possibilitam a coleta de opinião direta do cidadão sobre diferentes projetos e temáticas. Também é importante citar a criação da *TV Justiça*, que surge como um canal de televisão – sem fins lucrativos – relacionado à ampliação da visibilidade do Supremo Tribunal Federal (NASCIMENTO, 2012, p. 14).

Perez Luño (2004, p. 61-73) aponta que esse processo pode engendrar novas formas políticas e contribuir para o fortalecimento da democracia. O conceito de teledemocracia proposto pelo autor desdobra-se em duas modalidades: a sua versão forte e a versão fraca. Enquanto a versão fraca é caracterizada pelo reforço dos canais tradicionais de representação parlamentar, sem implicar uma substituição ou alternativa ao sistema de participação política baseado na democracia indireta, articulado por meio dos partidos políticos, a teledemocracia na sua versão forte representa um instrumento para tornar viável determinadas experiências políticas de democracia direta. Por conseguinte, a teledemocracia forte representa não uma mera ampliação dos meios políticos, mas um autêntico salto qualitativo na direção de uma nova forma de sociedade.

Assim, a teledemocracia fraca caracteriza-se pela inserção da tecnologia nos processos políticos de países democráticos. Por exemplo,

atualmente as novas tecnologias têm um papel decisivo nas campanhas eleitorais e possibilitam que os partidos elaborem programas eleitorais conectados com os desejos e expectativas dos futuros votantes, uma vez que as propostas políticas dirigidas à opinião pública são suscetíveis de sucessivas modificações e adaptações na medida em que os meios informáticos e telemáticos permitem processar brevemente as reações dos cidadãos. Do mesmo modo, propicia a comunicação direta entre administração e administrados, do que resulta uma maior transparência e eficiência da atividade pública. Tudo isso conduz a uma adaptação da democracia representativa às exigências próprias das sociedades informatizadas do presente, bem como aumenta a eficiência dos processos políticos da democracia representativa parlamentar (PEREZ LUÑO, 2004, p. 61-66).

Interessa, contudo, no presente trabalho, a concepção de teledemocracia forte, uma vez que representaria, em tese, um reforço da presença imediata da cidadania em todas as esferas da vida pública, alargando as possibilidades de democracia participativa.

Conforme Perez Luño (2004, p. 75), a versão forte da teledemocracia pode, sob o ponto de vista político, trazer de volta o protagonismo político dos partidos para os cidadãos, uma vez que torna possível ao povo exercer o poder sem mediações ou interferências que deformem sua vontade. Os partidos políticos, em diversas ocasiões, funcionam à margem das necessidades e expectativas dos cidadãos, na medida em que se converteram em máquinas burocráticas, carentes de democracia, com práticas duvidosas como as alianças parlamentares por razões conjunturais de oportunismo e em prejuízo das suas ideologias. Assim, a teledemocracia poderia retirar os cidadãos do clima de apatia política que se encontram, revitalizando a democracia a partir do protagonismo participativo.

Do mesmo modo, a teledemocracia pode contribuir para a participação real e consciente dos cidadãos no processo legislativo, bem como para a eficácia da lei, na medida em que os cidadãos, ao serem marginalizados do processo político, não se sentem solidários com determinados textos legais e dificultam seu cumprimento. No entanto, a partir do momento em que se manifestassem de forma direta e expressa a favor de um texto legal, logicamente se sentiriam comprometidos a cumpri-lo (PEREZ LUÑO, 2004, p. 80-81).

Para Perez Luño (2012, p. 83-84), a teledemocracia pode representar um espaço para o exercício de uma cidadania responsável e solidária, em que os cibercidadãos, em razão das imensas potencialidades de intercomunicação oferecidas pela rede, se encontrem predispostos a se considerarem membros de uma comunidade. Todavia, a participação popular mediada pela internet não está livre de riscos, consoante será tratado no tópico que segue.

## **2.2. Cibercidadania ou cidadania.com? Riscos da teledemocracia**

Apesar do imenso potencial que a internet tem na ampliação da participação democrática e popular dos cidadãos – e, conseqüentemente, na cidadania –, os riscos também se fazem presentes. Conforme Perez Luño (2004, p. 85), existe o risco de que a teledemocracia promova uma estrutura vertical das relações sociopolíticas, sendo veículo para uma despersonalização do cidadão e para sua alienação política. Isso ocorreria pelo fato de que o sistema teledemocrático estimula uma comunicação vertical direta entre cidadãos e Estado, esvaziando as estruturas associativas e comunitárias de caráter intermediário entre o Estado e o indivíduo – como partidos, sindicatos, associações e movimentos cívicos coletivos –, que são os que reforçam a coesão da

sociedade civil. Assim, ocorreria a desintegração social e cívica do sujeito político individual, que se veria privado de suas relações políticas horizontais com quem habita seu território, vive os mesmos problemas e professa ideias comuns.

Todo esse contexto poderia gerar uma situação de apatia e despolitização. Isso porque, desde sua origem, a democracia não foi somente uma forma política, mas também uma forma de vida, pressupondo a dimensão social e a convivência comunitária, o que se choca abertamente com a tendência ao isolamento propiciada por certos hábitos tecnológicos. A tecnologia traz consigo o risco da solidão, do isolamento, da alienação, que pode degradar a vida humana – uma vida, por definição, social e comunitária – de uma multiplicidade de indivíduos atomizados em seus guetos ou *bunkers* eletrônicos. Em face disso, sem um convívio social que impulse aos assuntos coletivos, os cidadãos correm o risco de se desinteressarem pela participação teledemocrática (PEREZ LUÑO, 2004, p. 85-87).

Outra questão que se impõe é o ritmo de vida complexo e acelerado da sociedade contemporânea. De acordo com Bertman (2001, p. 184-187), a vida apressada deixa pouco tempo para que as pessoas reflitam seriamente. Esse autor também destaca o fato que a atual era da comunicação é também a era da vulnerabilidade, pois, numa sociedade altamente informatizada e dependente da comunicação, o indivíduo fica cada vez mais suscetível à qualidade da informação que recebe, o que pode fazer com que seja facilmente controlado ao receber informações manipuladas.

O fato de hoje existir muita informação disponível não quer necessariamente dizer que a informação seja de qualidade. A grande quantidade de dados produz um manancial de informações na qual o indivíduo é capaz de se perder. O verdadeiro perigo dessa variedade de

dados encontra-se no seu efeito nivelador, uma vez que tanto o material de qualidade quanto o de má qualidade parecem iguais no meio de toda essa confusão, e é difícil distinguir o que é verdadeiro do que é falso (BERTMAN, 2001, p. 196).

Silva (2012, p. 9) compartilha desse entendimento, ao afirmar que nem sempre o imediatismo ou a instantaneidade da participação, possibilitados pela internet, contribuem para a democracia. A excessiva rapidez pode abreviar demasiadamente o tempo e as condições necessárias ao verdadeiro debate político, o que, além do risco de desmobilização, faria com que o Estado seguisse como intermediador de opiniões, funcionando como mero receptor das opiniões e das manifestações dos cidadãos, sem que elas fossem efetivamente debatidas e consideradas para a tomada de decisões.

De acordo com Bertman (2001, p. 203-204), casos de democracia direta são adequados para pequenas comunidades cuja dimensão permita que os membros partilhem ideias entre si para chegar a uma decisão coletiva, o que não é possível no sistema democrático atual. Numa nação com milhões de cidadãos, o estabelecimento de um sistema de intercomunicação bilateral, que hipoteticamente possibilitasse a todos a comunicação e a discussão de ideias, embora tecnicamente viável, não seria eficaz, pois é praticamente impossível ouvir a opinião de cada pessoa, assim como efetuar um diálogo entre elas para se chegar a um consenso. Desse modo, seria muito difícil haver um verdadeiro diálogo entre diferentes lados da sociedade, principalmente em relação a questões sociais complexas, que exigem respostas diversas ou sofisticadas (BERTMAN, 2001, p. 203).

No mesmo sentido, Perez Luño (2004, p. 91) também alerta para o fato de que a teledemocracia pode levar a um empobrecimento da elaboração e qualidade das leis, porquanto, na democracia representativa, o caminho da

deliberação legislativa passa por diferentes casas legislativas, comissões, reuniões plenárias, etc. – o que não ocorreria na democracia direta. Do mesmo modo, a democracia representativa permite que um projeto de lei reflita não somente as teses da maioria, mas também os desejos de grupos minoritários.

No sistema de democracia direta da teledemocracia, seria impensável a apresentação de propostas ou no desenvolvimento de debates se milhões de pessoas apresentarem alternativas individuais a cada projeto de lei simultaneamente. A vontade popular ficaria reduzida, portanto, à manifestação de um “sim” ou um “não” em relação a textos legais compactos e previamente elaborados, sem possibilidades de eventuais modificações (PEREZ LUÑO, 2004, p. 92).

Desse modo, Perez Luño (2004, p. 87-88) afirma ainda que a teledemocracia pode tornar-se instrumento de manipulação política. Conforme o autor, são bem conhecidas as técnicas de influenciar os resultados por parte daqueles que detêm o poder e têm a faculdade de plantar as decisões mais favoráveis aos seus interesses. Assim, não se pode descartar o risco de que líderes políticos pouco escrupulosos utilizem a teledemocracia com o expediente de legitimação popular de suas próprias decisões políticas.

Virilio (2001, p. 12), do mesmo modo, também vê com ressalvas as supostas potencialidades da internet. De acordo com o autor, a ausência de ordem e de regulamentação da internet favorece os poderosos que dominam a rede. Virilio (1997, p. 33) inclusive cita que o próprio Norbert Wiener, considerado o fundador da cibernética, temia que ela pudesse transformar-se numa arma contra a democracia, pois podem gerar um controle totalitário dos povos. Para Virilio (1997, p. 21-22), a concepção do ciberespaço como potencializador da democracia não passa de uma possibilidade absurda. Segundo o autor, que não se compreendesse a ilusão disso tudo no século XIX era normal. Entretanto, como o século XX foi testemunha dos estragos do progresso (em razão das guerras), não podem os indivíduos deixar-se enganar pela ilusão das tecnologias. Nessa linha, Bertman (2001, p. 212) conclui que “a chegada de uma ‘sociedade da era da informação’ não é necessariamente o vaticínio da salvação da democracia. Os *media* ‘intermediários’ são apenas isso e não passam disso”.

Além disso, as pretensões ideais da democracia participativa podem esbarrar no fato de que poucas vezes as pessoas se encontram em situações de plena liberdade ou de simetria, bem como muitas vezes não possuem as capacidades e competências necessárias para compreender os assuntos, o que pode dificultar a formação de opiniões críticas e reflexivas sobre o tema em pauta. Do mesmo modo, existe o risco de que a atitude das pessoas responda muito mais a interesses particulares. Assim, pode ser

que, no sistema teledemocrático, em vez de ser fruto de um processo deliberativo baseado na reflexão crítica e serena, a lei seja condicionada por fatores emotivos momentâneos e ocasionais, suscetíveis de serem completamente invertidos caso surjam estímulos opostos (PEREZ LUÑO, 2004, p. 93).

Por fim, outra crítica bastante pertinente que deve ser feita a uma visão extremamente positiva das novas tecnologias é que a universalização do acesso à internet ainda não é uma realidade, inclusive no Brasil. Consequentemente, essa exclusão digital produz formas de participação elitizada, pois desconsidera os interesses de quem está à margem da sociedade informacional (SILVA, 2012, p. 8). Corroboram tais afirmações os dados da Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2011, efetuada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil e divulgada no ano de 2012. A pesquisa revela um crescimento no acesso ao computador (de 35% em 2010 para 45% em 2011), bem como um crescimento de onze pontos percentuais, de 2010 a 2011, em relação aos domicílios com acesso à internet – que atingiu o patamar de 38%. Todavia, apesar dos nítidos avanços, também fica demonstrada a grande disparidade nas proporções de indicadores por regiões geográficas, por área urbana e rural, e por classe social e renda familiar. Ainda, a proporção de 38% de domicílios com acesso à internet deixa o país abaixo da média das Américas, que gira em torno de 50% (PESQUISA..., 2012, p. 154).

Gomes (2005, p. 221) argumenta que apenas o acesso à internet não é capaz de assegurar o incremento da atividade política. Conforme o autor, pesquisas demonstram que as discussões políticas *on-line*, embora permitam ampla participação, são dominadas por poucos, refletindo o que ocorre nas discussões políticas em geral e servindo simplesmente como um espaço adicional para a expressão da política mais do que como um reformador radical do pensamento e das estruturas políticas. Quer dizer, apesar das vantagens, a comunicação *on-line* não garante automaticamente uma esfera de discussão pública justa, representativa, relevante, efetiva e igualitária. Além disso,

“tecnologias tornam a participação na esfera política mais confortável e acessível, mas não a garantem. Seja porque a discussão política *on-line* está limitada para aqueles com acesso a computadores e à internet, seja porque aqueles com acesso à internet não necessariamente buscam discussões políticas, seja, enfim, porque discussões políticas são frequentemente dominadas por poucos” (GOMES, 2005, p.221).

De acordo com Nascimento (2012, p. 19), todos esses fatores, para além de demonstrar os perigos da teledemocracia, demonstram que ela

é um caminho sem volta. Assim, melhor que recorrer aos seus pontos negativos é pensar os porquês de sua existência e surgimento, e, ao mesmo tempo, tentar usufruir de seus benefícios sem cair no abismo de uma “ágora virtual” sem ligação com o real. No mesmo sentido, Silva (2012, p. 10) pondera que, no embate entre potencialidades e obstáculos, o resultado dependerá da apropriação que governo e cidadãos fizerem dessa tecnologia. Por um lado, não se pode supor que a mera utilização da internet pelo Estado resolverá os problemas de déficit democrático. Por outro, a adoção de uma postura apocalíptica, atribuindo à tecnologia o agravamento do quadro institucional, também é simplista.

Assim, Perez Luño (2004, p. 100) afirma que a internet, ao se projetar sobre o âmbito jurídico-político na forma de teledemocracia, possibilita duas direções. A primeira via, denominada *cibercidadania*, levaria ao surgimento de um novo tipo de cidadania, implicando um modo mais autêntico e profundo nos parâmetros tecnológicos do presente, para uma participação política com vocação planetária. Na segunda, por sua vez, a indesejável *ciudadania.com*, os riscos da teledemocracia se sobreporiam aos fatores positivos, o que reduziria os cidadãos a meros sujeitos passivos da manipulação de poderes públicos e privados.

Para Perez Luño (2004, p. 106-107), a teledemocracia pode ser o principal canal para promover uma participação política mais autêntica, plena e efetiva das democracias do século XXI (*cibercidadania*), ou pode degenerar num fenômeno de controle e colonização da vida cívica (*ciudadania.com*). Assim, as novas tecnologias constituem um imenso caminho de desenvolvimento da condição humana, mas também pressupõem riscos e ameaças para as liberdades. Se a internet irá contribuir para o primeiro ou para o segundo modelo – ou seja, os impactos

presentes e futuros da internet na esfera das liberdades –, é algo que depende da decisão dos cidadãos das sociedades democráticas.

### **3. Cibercidadania como um direito de terceira geração: possibilidades do exercício da cidadania na internet**

Todo o quadro até aqui exposto traz à tona o fato de que as tecnologias da informação e comunicação têm o condão de possibilitar grandes mudanças na relação entre Estado e cidadãos. Nesse ponto, afigura-se necessária uma breve retrospectiva acerca da concepção de direitos humanos, que será feita com base em Perez Luño (2012).

Conforme Perez Luño (2012, p. 16-17), os direitos humanos como categorias históricas devem ser entendidos conforme contextos temporalmente determinados. Os direitos humanos surgem inicialmente com marcadas características individualistas (direitos de primeira geração), para depois serem complementados por direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração).

A sociedade atual reclama uma terceira geração de direitos, que complemente as gerações anteriores. Por um lado, as novas tecnologias produziram desenvolvimento e melhoras nas condições vitais da humanidade, contribuindo para reforçar determinados direitos. Por outro, determinados abusos tecnológicos configuram uma grande ameaça para as liberdades, o que exige a formulação de novos direitos. Esses direitos de terceira geração são oriundos do Estado constitucional de direito, assim como os de primeira geração são originados do Estado liberal e os de segunda, do Estado social. Desse modo, a solidariedade seria o valor-guia dos direitos de terceira geração, que tem o potencial de redimensionar, no ambiente social, a imagem do homem como sujeito de direitos, dando novas

condições de exercício político (PEREZ-LUÑO, 2012, p. 17-20).

Para Perez Luño (2012, p. 22-23), a cibercidadania pode ser entendida como um direito de terceira geração. As novas tecnologias permitem um reforço dos valores cívicos e novas formas de exercício dos direitos, bem como contribuem para um aumento do tecido participativo nas sociedades democráticas. Ainda de acordo com Perez Luño (2012, p. 41), entre os acontecimentos mais relevantes do presente tanto nas sociedades democráticas quanto nas que lutam para tanto, encontram-se os movimentos sociais expressos no espaço público de maneira significativa em razão dos usos das novas tecnologias.

Quer dizer, observa-se que o engajamento político dos indivíduos na rede engendra novas práticas que se coadunam com os ideais de cibercidadania. Muito se fala, atualmente, na utilização da internet para possibilitar o exercício de práticas de democracia participativa, a exemplo da apresentação de projetos de lei de iniciativa popular, consoante será abordado no próximo tópico.

### **3.1. O exercício da cibercidadania: a iniciativa popular pela internet como instrumento de democracia participativa**

Ensina Gomes (2005, p. 218) que a introdução dessa nova infraestrutura tecnológica, fez ressurgir esperança em modelos alternativos de democracia, na medida em que possibilita a implementação de uma terceira via entre a democracia representativa, que retira do povo a decisão política, e a democracia puramente direta. Tais modelos giram ao redor da noção de democracia participativa.

Conforme leciona Silva (2009, p. 136), a democracia direta é aquela na qual o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. A indireta, por sua

vez, também chamada representativa, é aquela em que o povo, como fonte primária de poder, mas não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, outorga as funções de governo aos seus representantes, os quais são eleitos periodicamente. Um terceiro modelo é o da democracia semidireta, que pode ser entendida como democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, os quais integram a noção de democracia participativa.

A Constituição Federal de 1988 combina o sistema representativo com participação direta. Enquanto o artigo 1º, parágrafo único, da Carta Magna preceitua que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o artigo 14 traz institutos de democracia direta, ao afirmar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (BRASIL, 1988). A atual normativa infraconstitucional é a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamenta a execução do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular. Contudo, dedica apenas dois artigos à iniciativa popular<sup>1</sup>. A coleta de assinaturas, a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular e outros aspectos

---

<sup>1</sup>Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

§ 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto.

§ 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação.

Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno” (BRASIL, 1998).

da questão estão disciplinadas no Regimento Interno da Câmara de Deputados, a partir do artigo 252.

Bobbio (2000, p. 65) é bastante claro ao afirmar que democracia representativa e democracia direta não são sistemas alternativos, no sentido de que havendo um não pode haver o outro. Na realidade, são sistemas que se complementam, uma vez que, num sistema de democracia integral, as duas formas de democracia são necessárias, mas não são consideradas em si mesmas suficientes. No mesmo sentido, Bonavides (2008, p. 498-501) afirma que, quando se fala em instituir mecanismos de democracia participativa, não se trata de reproduzir os mecanismos da democracia direta do modelo grego clássico, dado que o Estado moderno contemporâneo abrange, não raro, milhões de quilômetros e de habitantes. Do mesmo modo, tampouco se trata de extinguir as formas tradicionais de representação. Quer dizer, tudo indica para uma coexistência de tais formas. Para tanto, é necessário que o povo tenha meios de participar de maneira efetiva do processo democrático, e que essa participação não se dê pela mera aplicabilidade formal de instrumentos participativos, mas que seja provida de substância e conteúdo.

Valente (2006, p. 132) afirma que a combinação entre democracia representativa e democracia participativa, por “reinsere o indivíduo no processo político, facultando-lhe a possibilidade de influenciar a formação da agenda pública, figura como antídoto à crise de legitimação que assola a democracia representativa tradicional”. Para o autor, a mencionada combinação apresenta dois pilares estruturantes: pelo primeiro, reconhece-se a capacidade plena dos cidadãos para determinarem seus destinos existenciais; e, pelo segundo, verifica-se que o desenvolvimento humano em suas diversas faces requer a participação direta dos cidadãos na regulação da vida em sociedade e no controle da ação do Estado.

Nesse contexto, a elaboração de projetos de lei de iniciativa popular afigura-se muito complexa num Estado como o brasileiro. A Constituição Federal exige, no artigo 61, § 2º, para a apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, a subscrição de “no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles” (BRASIL, 1988).

O primeiro problema a ser enfrentado é a coleta de assinaturas. Conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, o Brasil tinha, em 2012, 140.646.446 eleitores (BRASIL, 2012b), o que significa que, para atender à exigência legal, devem ser coletadas no mínimo 1.406.465 assinaturas. Esse elevado número demanda um aparato grande e organizado que se responsabilize por levantar as assinaturas necessárias, o que já configura um primeiro empecilho. O segundo problema é que o Regimento Interno

da Câmara dos Deputados, que regulamenta os projetos de lei de iniciativa popular, exige que a assinatura de cada eleitor venha acompanhada de nome completo e legível, endereço e número do título de eleitor. Em seguida, as listas de assinaturas serão organizadas por Município, Estado, Território e Distrito Federal, em formulário padronizado pela Mesa da Câmara. Antes de iniciar a tramitação, a Secretaria-Geral da Mesa deverá verificar o cumprimento das exigências constitucionais para a apresentação para que somente depois se inicie o trâmite do projeto, que será a mesma dos demais, integrando a numeração geral das proposições (BRASIL, 2012a).

Quer dizer, os requisitos são tão exigentes que terminam por dificultar a mobilização dos cidadãos no sentido de elaborar projetos de lei de iniciativa popular. Toda essa dificuldade já explica porque, sempre que houve movimentação no sentido de apresentar algum projeto ao Congresso Nacional, alguma organização civil organizou a logística de coleta de assinaturas e identificação de eleitores.

Conforme Melchiori (2011, p. 38-46), o lento avanço dos mecanismos de democracia participativa é demonstrado pelo fato de que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve apenas um plebiscito, um referendo e seis projetos de lei de iniciativa popular. Além das dificuldades para coletar as assinaturas, a autora argumenta que outra dificuldade é que a tramitação do projeto pode levar anos, tendo em vista a inexistência de regras que garantam à iniciativa popular uma tramitação mais rápida. Como exemplo, cita o primeiro caso de iniciativa popular, que buscou criar o Fundo Nacional de Moradia Popular e o Conselho de Moradia Popular, sendo protocolado em janeiro de 1992, e resultando na Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, ou seja, mais de uma década após sua apresentação.

Por fim, outra questão levantada por Melchiori (2011, p. 46-47) é o fato de que os seis projetos apresentados, por possuírem alguns problemas formais, tiveram que ser protocolados por parlamentares. Quer dizer, “formalmente, portanto, poder-se-ia dizer que até agora não houve nenhum projeto de lei de iniciativa popular no Brasil” (MELCHIORI, 2011, p. 47).

Desse modo, tendo em vista os empecilhos que transformam a iniciativa popular, instrumento de democracia direta previsto constitucionalmente, em algo extremamente complexo e burocrático, surge a questão: é possível utilizar as tecnologias da informação e da comunicação, especificamente a internet, para angariar o número necessário de assinaturas para a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular?

Existem, atualmente, diversos sites que coletam, por meio de petições *on-line*, assinaturas de pessoas interessadas em colaborar com determinadas causas. Tais petições *on-line* são um claro exemplo do ativismo digital,

em consonância com a noção de cibercidadania proposta por Perez Luño (2004, 2012).

Um dos sites que se destaca atualmente é o Avaaz, que se define como uma “comunidade de mobilização *on-line* que leva a voz da sociedade civil para a política global”, e afirma ter como missão “mobilizar pessoas de todos os países para construir uma ponte entre o mundo em que vivemos e o mundo que a maioria das pessoas querem” (AVAAZ, [2011?]). O principal mecanismo utilizado pelo site para mobilizar as pessoas em todo tipo de causa nacional ou internacional são as petições *on-line*, que normalmente tratam de temas de ampla repercussão e são divulgadas por e-mail ou redes sociais entre os internautas como forma de atrair mais assinaturas. Um caso emblemático no Brasil foi a aprovação da Lei Ficha Limpa, cuja campanha foi liderada pelo site. Outro site com grande alcance internacional é Change.org, que também funciona em estilo semelhante, propondo incentivar “pessoas em todos os lugares a conquistarem as transformações que almejam” (CHANGE.ORG, [2013?]). Também o site Petição Pública Brasil, que se identifica como o site brasileiro de petições públicas *on-line*, pretende constituir um serviço público de qualidade a todos os cidadãos brasileiros, fornecendo “um dos mais antigos métodos de democracia, combinado com a última e mais moderna tecnologia digital de comunicação, disponível gratuitamente 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano” (PETIÇÃO PÚBLICA BRASIL, [2010?]).

Um ponto importante de ser ressaltado é que, atualmente, os portais oficiais tanto da Câmara de Deputados quanto do Senado Federal possuem páginas na web específicas (*e-democracia* (E-DEMOCRACIA, [2011?]) e *e-cidadania* (ESPECIAL CIDADANIA, [2011?]), respectivamente) com mecanismos de participação popular. Tanto num quanto no

outro é possível aos cidadãos comuns proporem ideias para novas leis. No caso do *e-democracia*, existe o chamado Espaço Livre, no qual qualquer pessoa pode sugerir tema de discussão, que, posteriormente, pode virar um projeto de lei. Já no caso do *e-cidadania*, existe um espaço específico, denominado *e-legislação*. Nele, é possível ao cidadão propor uma ideia para a criação de uma lei que, caso seja aprovada e tenha a quantidade suficiente de apoios, será avaliada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal. Contudo, o que se observa em tais portais é que o máximo que o cidadão pode fazer é propor uma ideia. Se ela gerar suficiente apoio, poderá eventualmente tornar-se um projeto de lei. Todavia, não se trata de projetos de lei de iniciativa popular, pois, ainda que a ideia tenha grande número de adesões, sua tramitação será feita pelo modo regular, encabeçada por algum parlamentar.

Nesse sentido, considerando que os mecanismos de coleta de assinaturas *on-line*, as chamadas petições *on-line*, podem, em regra, ser criadas por qualquer cidadão e, dependendo do alcance do tema, propiciam uma ampla visibilidade e muitas vezes obtêm milhares de assinaturas, passa-se a questionar se um mecanismo de coleta de assinaturas *on-line* não poderia ser um eficaz instrumento para auxiliar na elaboração de projetos de lei de iniciativa popular, extremamente dificultada pelos fatores já expostos. Além disso, na petição tradicional, no papel, o cidadão precisa estar portando o título de eleitor no momento da assinatura, o que muitas vezes não ocorre.

Tendo em vista que, por ora, tais petições não possuem nenhum valor jurídico, resta comprometida sua utilização para apresentação de projetos de lei de iniciativa popular. Por exemplo, não é requisito para assinar uma petição *on-line* que a pessoa tenha título de eleitor,

pois basta possuir uma conta de e-mail, motivo pelo qual até mesmo uma criança assinar. Do mesmo modo, nada impede que uma mesma pessoa crie diversas contas de e-mail, com nomes diferentes, e assine várias vezes a mesma petição. Desse modo, observa-se que os atuais mecanismos pecam pela insegurança jurídica, motivo pelo qual se afigura importante a criação de uma lei que regulamente tais possibilidades de participação popular.

Existem diversos projetos de lei que tratam desse assunto, os quais serão abordados no tópico a seguir.

### **3.2. A utilização de assinatura digital para subscrição de projetos de lei de iniciativa popular: análise dos projetos de lei em trâmite**

Para a elaboração do presente artigo, foram selecionados os projetos de lei que tem por objetivo permitir a coleta de assinaturas via internet para apresentação de projetos de lei de iniciativa popular, em trâmite na Câmara de Deputados, desde janeiro de 2008 até junho de 2013. Foi necessária a realização desta delimitação temporal em razão do elevado número de propostas sobre o assunto, uma vez que a opção pela análise de todas não seria compatível com a proposta do trabalho. Além disso, existem outras propostas de resolução que visam alterar o Regimento Interno da Câmara de Deputados, bem como propostas de emenda constitucional, para dispor sobre a subscrição de projetos de iniciativa popular via Internet. No entanto, por uma questão de delimitação, também se optou por efetuar a análise somente de anteprojetos e projetos de lei, deixando de fora outras espécies legislativas.

Em pesquisa no site da Câmara de Deputados, foram encontrados sete projetos de lei que visam regulamentar a subscrição de proposi-

ções legislativas de iniciativa popular por meio eletrônico. Os projetos de lei nºs 4219/2008 (de autoria do Deputado Federal Lincoln Portela – PR/MG), 4805/2009 (de autoria do Deputado Federal Paulo Pimenta – PT/RS), 7003/2010 (de autoria do Deputado Federal Dr. Rosinha – PT/PR), 2024/2011 (de autoria do Deputado Federal Felipe Maia – DEM/RN) e a APJ nº 3/2012 CEREFPOL (de autoria do Deputado Henrique Fontana – PT/RS), este último também conhecido como Reforma Política, têm por objetivo alterar a Lei nº 9.709/1998, inserindo dispositivos que permitam a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular por meio de assinaturas eletrônicas. Todos têm em comum, na sua justificativa, a dificuldade em obter o número mínimo necessário de subscrições e o consequente baixo número de projetos de lei apresentados por cidadãos.

Conforme a Justificativa do PL nº 4805/2009, em que pese as mobilizações realizadas para apresentação de projetos de iniciativa popular, não houve um sequer que tenha tramitado no Congresso Nacional sem que a sua autoria fosse atribuída a um parlamentar, o que demonstraria que a vontade do legislador, de ampliar os mecanismos de participação popular, pouco foi efetivada na prática. Assim, a subscrição por meio eletrônico, via internet, busca um novo meio para garantir a participação do cidadão, ampliando o a democracia participativa e atualizando a legislação, visto que, por meio da rede, todo o processo legislativo pode ser acompanhado com mais transparência e legitimidade de qualquer lugar do mundo (PIMENTA, 2009, p. 2-3).

O PL nº 4219/2008 prevê a subscrição de cada eleitor aos projetos por meio de adesão à lista constante da página eletrônica da Câmara dos Deputados na internet (PORTELA, 2008, p. 1); o PL nº 4805/2009 trata da subscrição por meio eletrônico através da internet, sem

especificar outras condições, que deverão ser objeto de regulamentação posterior (PIMENTA, 2009, p. 1); o PL nº 7003/2010 prevê que, após a subscrição de cem mil eleitores ao projeto, as demais assinaturas poderão ser coletadas por meio de urnas eletrônicas instaladas nas Assembleias Legislativas durante o período de dez dias (ROSINHA, 2009, p. 1); e o PL nº 2024/2011 aduz que projetos de lei de iniciativa popular podem ser parcial ou totalmente subscritos por meio de assinatura digital devidamente certificada (MAIA, 2011, p. 1). Observa-se, aliás, que os projetos têm redações semelhantes, embora o PL nº 7003/2010 seja mais restritivo ao propor que somente após a subscrição de cem mil eleitores a assinatura poderá ser coletada por urnas eletrônicas, e que elas deverão ser instaladas nas Assembleias Legislativas de cada Estado. Todavia, esta última disposição dificulta a participação popular, ao restringir o âmbito de participação aos cidadãos domiciliados na capital do Estado, bem como traz o transtorno do necessário deslocamento até a Assembleia. Em suma, tais restrições vão de encontro à proposta de ampliação e facilitação da coleta de assinaturas, porquanto impõe diversas limitações a algo que poderia ser feito exclusivamente via internet.

O anteprojeto de lei nº 3/2012, proposto pelo Deputado Henrique Fontana – PT/RS, e também conhecido como Reforma Política, objetiva alterar a Lei nº 9.709, inserindo o parágrafo 3º no artigo 13, segundo o qual a subscrição da proposição poderá ser feita por meio eletrônico, de modo a permitir a certificação da autenticidade da assinatura digital do eleitor. Novamente, a justificativa parte do rigor da lei para apresentação de projetos de lei de iniciativa popular, o que tem inviabilizado, na prática, o uso dessa via democrática (FONTANA, 2012, p. 39).

Além disso, o anteprojeto acrescenta o artigo 13-A à lei, segundo o qual a inserção de dados do eleitor em cadastro específico mantido em meio eletrônico e administrado pela Câmara dos Deputados será equiparada à assinatura digital, até que seja universalizado o fornecimento gratuito dos meios de certificação digital à população. Nesse cadastro, constarão o nome completo do eleitor, o nome da mãe ou do pai, e o número do título de eleitor, que receberão tratamento sigiloso, à exceção da publicação do nome do eleitor associado à proposição subscrita. Após a coleta das assinaturas, a Câmara dos Deputados verificará, junto à Justiça Eleitoral, a regularidade da situação do eleitor subscritor cujo apoio à proposição legislativa tenha ocorrido mediante a assinatura eletrônica ou inserção no cadastro específico (FONTANA, 2012, p. 28-29).

É interessante observar que este último projeto propõe a utilização de mecanismos de certificação digital (ou de cadastro específico, enquanto não disponibilizados meios de certificação digital à população) como modo de assegurar a legitimidade das assinaturas obtidas de modo e

eletrônico. Embora a coleta física de assinaturas também não esteja imune a fraudes, no caso da subscrição eletrônica afigura-se fundamental a existência de mecanismos de controle dos cidadãos que inserem seu nome nos projetos de lei, pois, de outro modo, será muito fácil violar o sistema, seja com a duplicação de assinaturas, seja com a inserção de nomes alheios, entre outros. Todavia, o anteprojeto preocupa-se com a impossibilidade atual da utilização da certificação digital para todos os cidadãos. Em face disso, propõe a equiparação da assinatura do eleitor à inserção de dados do cidadão em cadastro específico a ser mantido pela Câmara dos Deputados, buscando assim proporcionar efeitos concretos e imediatos à iniciativa popular logo após a aprovação do anteprojeto, conforme se verifica no trecho a seguir:

“Tal equiparação ocorreria até que a universalização da certificação digital seja uma realidade no Brasil. Assim, a inserção do nome completo do eleitor, do nome da mãe ou do pai, e do número do título de eleitor no cadastro específico seria equivalente à assinatura em papel, para fins de apoio a um projeto de lei de iniciativa popular. Dessa forma, a coleta e a validação dos apoios às proposições populares seriam realizadas de forma muito mais ágil e eficaz. A divulgação das proposições poderia valer-se das redes sociais da internet e a validação da situação jurídica do eleitor seria feita mediante a conexão do cadastro específico com as bases de dados da Justiça Eleitoral. Uma vez implementada essa modalidade de coleta de assinaturas, o cidadão poderia formalizar seu apoio aos projetos de lei a partir de sua residência ou de quaisquer outras localidades com acesso à internet” (FONTANA, 2012, p. 40).

A Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, a fim de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais<sup>2</sup>, bem como a realização de transações

---

<sup>2</sup>O certificado digital da ICP-Brasil, além de personificar o cidadão na rede mundial de computadores, garante, por força da legislação atual, validade jurídica aos atos praticados com o seu uso. A certificação digital é uma ferramenta que permite que aplicações como comércio eletrônico, assinatura de contratos, operações bancárias, iniciativas de governo eletrônico, entre outras, sejam realizadas. São transações feitas de forma virtual, ou seja, sem a presença física do interessado, mas que demanda identificação clara da pessoa que a está realizando pela intranet. Na prática, o certificado digital ICP-Brasil funciona como uma identidade virtual que permite a identificação segura e inequívoca do autor de uma mensagem ou transação feita em meios eletrônicos, como a web. Esse documento eletrônico é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, ou seja, uma Autoridade Certificadora (AC) que, seguindo regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, associa uma entidade (pessoa, processo, servidor) a um par de chaves criptográficas. Os certificados contêm os dados de seu titular conforme detalhado na Política de Segurança de cada Autoridade Certificadora. Os certificados contêm os dados de seu titular, como nome, número do registro civil, assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu, entre outros, conforme especificado na Política de Segurança de cada Autoridade Certificadora (ITI, 2013).

eletrônicas seguras (BRASIL, 2001). A partir daí, a certificação digital passou a ser amplamente utilizada, tanto em documentos públicos, quanto em processos judiciais, como modo de comprovar a autenticidade de documentos. Na esfera privada, o certificado digital é usado, por exemplo, em carteiras de identidade profissional emitidas pelos respectivos órgãos de classe, permitindo a esses profissionais a execução de inúmeras atividades, com segurança e sem a necessidade de se deslocar fisicamente, e no correio eletrônico, de modo a garantir a integridade e a inviolabilidade do conteúdo da mensagem enviada (ITI, [2011?]).

Por outro lado, o PL nº 4764/2009 (de autoria da Deputada Federal Sueli Vidigal – PDT/ES) e o PL nº 5121/2013 (de autoria do Deputado Federal Ricardo Izar – PSD/SP), visam à criação de uma normativa própria para a apresentação de projetos de lei de iniciativa popular por meio da internet. De acordo com o primeiro projeto, a subscrição de projeto de lei de iniciativa popular poderá ser realizada por meio eletrônico, mediante assinatura digital, por programa que certifique sua autenticidade. Ainda, a coleta das assinaturas digitais deverá ser realizada por meio do site da Câmara dos Deputados, que poderá criar sistema próprio de certificação digital ou implementá-lo por convênio. Esse sistema de coleta de assinaturas digitais deverá observar as normas técnicas de segurança da Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP Brasil (VIDIGAL, 2009, p. 1). O segundo projeto, por sua vez, tem o objetivo de autorizar que petições eletrônicas e abaixo assinados possam ser apresentados à Câmara dos Deputados como projetos de lei de iniciativa popular. Para tanto, dispõe que o endereço eletrônico que pretender coletar as assinaturas deve obter autorização no órgão federal competente, mediante comprovação de segurança e sigilo dos dados cadastrais obtidos, bem como

por meio da utilização de assinatura eletrônica (IZAR, 2013, p. 1-2).

De acordo com a justificativa do PL nº 4764/2009, a certificação digital é corrente e já vem sendo utilizada em diversos órgãos públicos, de modo a agilizar o trâmite de emissão de certidões, processos judiciais e conferência de dado, e o sistema de certificação digital possibilita a criação projetos de lei, por meio da rede mundial de computadores, assegurando a legitimidade e autenticidade necessárias à validade da propositura (VIDIGAL, 2009, p. 3).

Dessa maneira, observa-se que existem mecanismos suficientes para a introdução dessa modalidade de subscrição de projetos de lei de iniciativa popular por meio da rede mundial de computadores, de forma a propiciar mais agilidade e efetividade na coleta de assinaturas. No estágio atual, a coleta de assinaturas mediante cadastro específico no site da Câmara dos Deputados parece ser um meio mais interessante, uma vez que a certificação digital da ICP-Brasil ainda não é economicamente viável para todos os cidadãos.

Desse modo, com um cadastro específico, é possível angariar os dados mínimos necessários para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular, conforme exigido pelo Regimento Interno da Câmara de Deputados: nome completo, endereço e número do título de eleitor. Verifica-se, portanto, que a utilização de mecanismos de certificação digital ou de cadastros específicos para tal, mediante a averiguação dos dados dos eleitores subscritores é essencial para garantir a autenticidade, a integridade e validade jurídica da assinatura.

Ao lado da democracia representativa clássica, a introdução de experiências de democracia participativa que propiciem a participação cidadão na esfera pública tem especial relevância no sentido de buscar um aprofundamento do tão recente Estado Democrático de Direito no

Brasil. Embora a Constituição Federal traga instrumentos de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, a utilização concreta de tais mecanismos foi praticamente inexistente nestes mais de vinte e cinco anos de promulgação da Carta Magna. Nesse contexto, que não se pode desprezar o potencial das novas tecnologias. Assim, a regulamentação da subscrição de projetos de lei de iniciativa popular por meio da rede mundial de computadores está em plena consonância com as potencialidades da internet em impulsionar a cidadania e ampliar o processo democrático no Brasil.

Embora alguns projetos sejam mais abrangentes, prevendo a necessidade de certificação digital ou de outros sistemas mais simples, mas com objetivos análogos, todos têm o mérito de trazer à tona essa discussão. Apesar disso, e a par dos projetos de lei, a mudança não deve ficar restrita à introdução de mecanismos digitais de coleta de assinaturas. Para que essas práticas tragam resultados concretos de participação, não basta a disponibilização dos meios técnicos. É essencial que existam condições para que os cidadãos participem de maneira ativa e consciente do processo legislativo, o que só poderá ser feito caso tenham o arcabouço de informações necessário para contribuir para os processos de tomada de decisões. Verifica-se, pois, a importância tanto de políticas públicas de esclarecimento do processo legislativo, das competências dos três Poderes da República, entre outras, quanto da atuação estatal no sentido de propiciar um efetivo acesso à rede à população.

Por fim, a coleta de assinaturas por meio da rede deve ser, obviamente, efetuada por um sistema que permita verificar a autenticidade da assinatura, de modo a minimizar ao máximo o risco de violações ao sistema e falsificações nas assinaturas. Zerar o risco de fraudes é

impossível. Contudo, não é porque existe o risco de uma eventual violação ao sistema de subscrição *on-line* que se deixará de pesquisar os meios mais eficientes para tanto, até mesmo porque a própria coleta física de assinaturas está sujeita a diversos problemas, não escapando a tentativas de falsificação de assinaturas por pessoas de má-fé.

Dentro desse contexto, a utilização da internet para coletar assinaturas digitais para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular se afigura como um meio de consolidar a teledemocracia forte propugnada por Perez Luño (2004, 2012), uma vez que representa um instrumento para tornar possível a democracia participativa, promovendo a participação cidadã na esfera pública, rumo a chamada cidadania. Trata-se, evidentemente, de uma tentativa de atualizar a legislação para a realidade das novas tecnologias, porquanto não se podem desprezar os caminhos ofertados pela internet para aprimorar as sociedades democráticas.

## 4. Conclusão

A utilização da internet como instrumento potencializador de práticas democráticas apresenta tanto perspectivas positivas quanto riscos a serem considerados. No dizer de Perez Luño (2004, 2012), as tecnologias informacionais, dependendo do uso que for feito, podem tanto engendrar para o aspecto positivo – a cidadania, um novo modo de cidadania mais autêntico e profundo –, quanto para o aspecto negativo – a cidadania.com, na qual os riscos tomariam o lugar dos benefícios, visto que a tecnologia seria utilizada para a manipulação política e ideológica dos cidadãos.

Desse modo, a tecnologia não pode ser considerada positiva ou negativa *a priori*, pois tudo dependerá do uso que dela se fizer. A internet não é a solução miraculosa de todos os

problemas, tampouco um simples instrumento de manipulação política das massas, mas sim o meio pelo qual se pode passar do atual quadro de apatia política para um estágio de expressiva participação e de efetiva influência na tomada de decisão política pelos diferentes grupos da sociedade civil. Em suma, a internet tem a capacidade de contribuir com o fortalecimento da democracia, na medida em que potencializa a cidadania, ao permitir uma participação cívica mais ágil e efetiva na esfera pública, desde que o seu uso seja feito de modo consciente e possibilite o mais amplo espectro de participação social.

Como um dos mecanismos de democracia direta na Constituição Federal é a iniciativa popular e esse instrumento tem sido pouquíssimo utilizado em razão da rigidez dos requisitos legais, a internet surge como um espaço promissor para facilitar a coleta do número necessário de assinaturas para apresentação de projetos de lei à Câmara dos Deputados. Nessa direção, existem projetos de lei que visam regulamentar a assinatura digital para a subscrição de projetos de lei de iniciativa popular.

Esses projetos estão em consonância com a teledemocracia forte e a com a expansão da cidadania, na medida em que trazem alternativas para facilitar a participação popular, extremamente dificultada quando se trata de coletar assinaturas físicas, estando tais projetos em conformidade com a necessidade de consolidar o processo democrático no Brasil. A regulamentação desse modo de coleta de assinaturas deve vir, necessariamente, acompanhada da implantação de sistemas de certificação digital ou sistemas análogos, a fim de minimizar o risco de fraude.

Além disso, para que tais práticas engendrem resultados concretos, não basta apenas disponibilizar os meios técnicos de participação, mas sim devem existir, em conjunto, políticas públicas de acesso à rede e de educação cívica para a população, a fim de que ela possa tomar parte em mecanismos de democracia participativa de forma esclarecida. De outro modo, a introdução da dimensão participativa no campo político, com a participação cívica em assuntos de interesse público, tão essencial para um Estado democrático de direito, ficará restrita a uma parcela elitizada da sociedade, que detém tanto os meios técnicos para acessar a internet quanto o conhecimento necessário, sem considerar os interesses de quem não está inserido nessa realidade.

A par dessas considerações, verifica-se a utilização de meios eletrônicos para a coleta de assinaturas digitais a fim de subscrever projetos de lei de iniciativa popular é um meio para promover a cidadania – considerada por Perez Luño (2004, 2012) um direito de terceira geração –, na medida em que a participação popular na esfera pública tem o potencial de reforçar os valores cívicos e promover novas formas do exercício de direitos, o que é vital em sociedades democráticas.

**Quadro comparativo com os projetos de lei sobre a regulamentação da utilização de assinaturas digitais para projetos de lei de iniciativa popular**

Número do Projeto de Lei	Data da Apresentação	Deputado Federal	Ementa	Situação em 1º/8/2013
PL nº 4219/2008	4/11/2008	Lincoln Portela – PR/MG	Dispõe sobre o cadastro de eleitores para apresentação, via internet, de projeto de lei de iniciativa popular, alterando a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.	Apensado ao PL nº 6928/2002
PL nº 4764/2009	3/3/2009	Sueli Vidigal – PDT/ES	Regulamenta a iniciativa popular por meio da rede mundial de computadores.	Apensado ao PL nº 6928/2002
PL nº 4805/2009	9/3/2009	Paulo Pimenta – PT/RS	Acrescenta o art. 13-A e altera o art. 14 da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para permitir subscrição de projetos de lei de iniciativa popular por meio de assinaturas eletrônicas.	Apensado ao PL nº 6928/2002
PL nº 7003/2010	18/3/2010	Dr. Rosinha – PT/PR	Acrescenta parágrafos ao art. 13 da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para permitir coleta de subscrição a projetos de lei de iniciativa popular por meio de urnas eletrônicas.	Apensado ao PL nº 4219/2008
PL nº 2024/2011	16/8/2011	Felipe Maia – DEM/RN	Acrescenta parágrafo ao art. 13 da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, tratando da assinatura digital nos projetos de lei de iniciativa popular.	Apensado ao PL nº 4219/2008
APJ nº 3/2012 CEREFPOL	7/3/2012	Henrique Fontana – PT/RS	(Da Comissão Especial de Reforma Política) Dispõe sobre o sistema eleitoral para as eleições proporcionais e sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), e sobre a forma de subscrição de eleitores a proposições legislativas de iniciativa popular, alterando a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.	Situação: Outros na Comissão Especial destinada a efetuar estudo e apresentar propostas em relação à Reforma Política. (CEREFPOL)
PL nº 5121/2013	12/3/2013	Ricardo Izar – PSD/SP	Dispõe sobre as petições eletrônicas e abaixo-assinados eletrônicos, impondo que, ao serem apresentados à Câmara dos Deputados, sejam recebidos como Projetos de Lei de iniciativa popular e dá outras providências.	Apensado ao PL nº 4764/2009

(FONTE: Câmara dos Deputados - <http://www2.camara.leg.br/>)

## Referências

AVAAZ. Quem somos. *Avaaz.org*, [2011?]. Disponível em: <<http://www.avaaz.org/po/about.php>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

BERTMAN, Stephen. *Hipercultura: o preço da pressa*. Tradução de Ana André. Porto Alegre: Instituto Piaget, 2001.

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

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*. 9. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2012a. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento\\_interno\\_9ed.pdf?sequence=9](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=9)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas de eleitorado*. Brasília: TSE, 2012b. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleicoes-2012>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 ago. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm)>. Acesso em: 01 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória n. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

CARDON, Dominique. *A democracia internet: promessas e limites*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 2008. 2 v.

CHANGE.ORG. Quem somos. *Change.org*, São Paulo, [2013?]. Disponível em: <<http://www.change.org/pt-BR/quem-somos>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

E-DEMOCRACIA. Site. *E-democracia*, Brasília, [2011?]. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

ESPECIAL CIDADANIA. Site. *Especial Cidadania*, Brasília, [2011?]. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/cidadania/edicoes/462>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

FONTANA, Henrique. *Comissão especial destinada a efetuar estudo e apresentar propostas em relação à reforma política*: anteprojeto de Lei n. 3/2012. Relator: Deputado Henrique Fontana. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=971702&filename=APJ+3/2012+CER EFPOL](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=971702&filename=APJ+3/2012+CER EFPOL)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos*, São Leopoldo, v. VII, n. 3, set./dez. 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (ITI). *Benefícios*. Brasília: ITI, [2011?]. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/index.php/certificacao-digital/beneficios>> Acesso em: 1 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. *Certificado digital*. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/certificacao-digital/certificado-digital>>. Brasília: ITI, 2013. Acesso em: 1 ago. 2013.

IZAR, Ricardo. *Projeto de lei n. 5121, de 12 de março de 2013*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1064366&filename=PL+5121/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1064366&filename=PL+5121/2013)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.

MAIA, Felipe. *Projeto de lei n. 2024, de 16 de agosto de 2011*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=908714&filename=PL+2024/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=908714&filename=PL+2024/2011)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

MELCHIORI, Cíntia Ebner. *Participação e representação política: a iniciativa popular de lei e o caso do movimento de combate à corrupção eleitoral*. 2011. Dissertação (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Neoliberalismo e ciberdemocracia: desafios para a implementação da cidadania na perspectiva de Pérez Luño. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, p. 89-106, abr./jun. 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2011. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012. Disponível em: <<http://op.ceptro.br/cgi-bin/cetic/tic-domicilios-e-empresas-2011.pdf>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

PETIÇÃO PÚBLICA BRASIL. Sobre nós. *Petição Pública Brasil*, [2010?]. Disponível em: <<http://www.peticaopublica.com.br/SobreNos.aspx>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

PIMENTA, Paulo. *Projeto de lei n. 4805, de 9 de março de 2009*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=636658&filename=PL+4805/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=636658&filename=PL+4805/2009)> Acesso em: 1 ago. 2013.

PORTELA, Lincoln. *Projeto de lei n. 4219, 4 de novembro de 2008*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=609951&filename=PL+4219/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=609951&filename=PL+4219/2008)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

ROSINHA. *Projeto de lei n. 7003, 18 de março de 2010*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=745563&filename=PL+7003/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=745563&filename=PL+7003/2010)>. Acesso em: 1 ago. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Rosane Leal da. O desenvolvimento da teledemocracia e da cidadania no Brasil: o uso das tecnologias da informação e comunicação pelo Poder Executivo Federal. In: XXI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Uberlândia, 2012. *Anais eletrônicos...* Uberlândia: UFU, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=218a0aefd1d1a4be>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Democracia enclausurada: um debate crítico sobre a democracia representativa contemporânea*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006.

VIDIGAL, Sueli. *Projeto de lei n. 4764, de 3 de março de 2009*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=635088&filename=PL+4764/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=635088&filename=PL+4764/2009)> Acesso em: 1 ago. 2013.

VIRILIO, Paul. *Cibermundo: ¿una política suicida?* Conversación con Philippe Petit. Santiago: Dolmen, 1997.

\_\_\_\_\_. Da política do pior ao melhor das utopias e à globalização do terror. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 16, p. 7-18, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.ufrgs.br/index.php/famecos/article/view/264/198>> Acesso em: 1 ago. 2013.

# A tensão entre o direito à informação e o direito à privacidade e o acesso aos arquivos sensíveis

IGOR CHAGAS DE CARVALHO

## Sumário

1. Introdução. 2. Paradigmas modernos de Estado de Direito. 2.1. Uma breve noção da ideia de paradigma. 2.2. O Estado Liberal de Direito. 2.3. O Estado Social de Direito. 2.4. O Estado Democrático de Direito. 3. Dos arquivos sensíveis. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

*“Em lugar algum o livre acesso aos arquivos está dado ou garantido. Como todo direito do homem, ele é conquistado. A questão é de peso, visto que se trata de controlar a esfera de ação da razão de Estado”* (COMBE, 2011).

O Direito, como todo constructo social, transforma-se com o tempo. Precisamente com a Modernidade, o Direito diferenciou-se do amálgama normativo até então existente, passando a caracterizar-se pela positividade, cogência, estruturação individualizada (HABERMAS, 2003b, p. 153) e, sobretudo, por sua textualidade. Em função de seu caráter textual, ou seja, do “fato de que só temos acesso às suas normas mediante textos discursivamente construídos e reconstruídos” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 235), o Direito demanda, para sua melhor implementação, o conhecimento adequado “[d]os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma”, pois, afinal, “as práticas sociais, ou melhor, as posturas e os supostos assumidos pelos distintos atores em sua ação, a gramática dessas práticas sociais é atribuidora de sentido, de significação” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 235).

A importância dessas posturas e desses pressupostos espalha-se na interpretação/aplicação de todo o ordenamento jurídico, não sendo di-

Igor Chagas de Carvalho é procurador federal (Advocacia-Geral da União), atualmente em exercício no Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal.

ferente com a interpretação/aplicação que deva ser dada à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, diploma normativo básico, conhecido como Lei de Acesso à Informação (LAI), que atualmente disciplina o direito de acesso à informação previsto na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

É, aliás, no contexto de recentes demandas e transformações sociais que o advento da Lei nº 12.527, de 2011, deve ser compreendido. Embora ela configure um diploma normativo geral de regulação do acesso à informação constitucionalmente assegurado, não se pode perder de vista que ela dialoga e se conjuga com outra lei que lhe é numericamente subsequente: a Lei nº 12.528, que cria a Comissão Nacional da Verdade (CNV), com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da CF/88, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional (art. 1º).

As duas leis, em conjunto, inscrevem-se no histórico de lutas pela efetivação da chamada justiça de transição no Brasil, isto é, pela efetivação dos “procedimentos através dos quais as pessoas atingidas por violações dos direitos humanos buscam reparações em países que viveram regimes autoritários ou outros processos violentos” (FICO, 2012, p. 53). As medidas da justiça de transição envolvem não apenas o reconhecimento do direito a indenizações pecuniárias, mas também várias outras providências tendentes a esclarecer o passado – para que ele nunca mais se repita – e a consolidar a democracia.

De acordo com Carlos Fico (2012), a demanda pela abertura dos arquivos da ditadura militar, como elemento da justiça de transição, assumiu caráter central no caso brasileiro. Ele postula que, como a violência praticada contra

aqueles que se opunham ao regime autoritário foi censurada, o acesso aos arquivos possibilitaria o conhecimento dessa violência, bem como a possível localização de corpos de desaparecidos, mormente daqueles que lutaram na Guerrilha do Araguaia (quando ficou evidente a violência da repressão). Conforme ressaltam Caroline Bauer e René Gertz (2009), esses arquivos, além do grande valor para “a definição da memória histórica e para a constituição da identidade”, estão sujeitos ainda a uma espécie de *efeito bumerangue*: eles servem, no presente, para finalidades opostas à sua origem, ou seja, foram produzidos para coordenar atividades repressivas e, agora, podem ser usados para fundamentar pedidos de reparações feitos pelas vítimas. “Tais arquivos, absolutamente necessários para o exercício das atividades repressivas, se convertem, no novo regime, em instrumento social insubstituível para conformar novas relações sociais” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 178). Carlos Fico (2012, p. 53-54) atribui aos processos de pedidos de indenização junto à Comissão de Anistia a qualidade de “antidossês”, pois viabilizam a versão dos fatos a partir da visão daqueles que foram espionados, presos e torturados.

Tais documentos têm, assim, função *dúplice*<sup>1</sup>, pois servem tanto como elemento de prova para a efetivação de direitos, quanto como fontes para se conhecer o *modus operandi* do aparelho estatal repressivo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Interessa ressaltar que o Direito, sendo constructo social e estando sujeito ao tempo, também se submete a uma espécie de caráter *dúplice*: mudando-se o pano de fundo social/paradigmático, muda-se o uso que se faz do Direito. Como dito acima, a gramática das práticas sociais é atribuidora de significação, de sentido.

<sup>2</sup> Kushnir (2006, p. 49) aponta que “[s]e, por um lado, [os acervos] têm como objetivo identificar o ‘fichado’ no mundo social, por outro, trata-se de um arquivo que explicita o universo do outro a partir da lógica interna de seu titular. Ou seja, da perspectiva da polícia. O acervo permite tanto reconstituir a trajetória do ‘fichado’, a partir da perspectiva do agente policial, como a do ‘fichador’”.

Ponto problemático que salta da Lei de Acesso à Informação diz respeito à tensão que se estabelece entre o direito à informação e o direito à privacidade, ou, de maneira mais geral, entre o público e o privado. Esse atrito pode ser percebido tanto no que tange ao acesso às informações de maneira geral, quanto na questão do acesso aos documentos ditos “sensíveis”, produzidos no âmbito da ditadura militar.

Essa é uma questão nuclear, mormente quando os olhos se voltam à estrutura da LAI para constatar que o direito à privacidade se encontra disciplinado no âmbito do capítulo da lei que trata das restrições de acesso à informação, afigurando-se, conforme ressalta Joffily (2012, p. 130), como “o elemento central a restringir o acesso a parte da documentação do período militar”, que, entretanto, “não tem sido alvo de discussões públicas”.

“O debate que antecedeu a aprovação da Lei de Acesso à Informação curiosamente mal tocou no tema do direito à intimidade, consagrado pela Constituição. A discussão restringiu-se ao tema do sigilo eterno, defendido pelos ex-presidentes da República Fernando Collor de Mello e José Sarney em nome da segurança nacional” (JOFFILY, 2012, p. 139)<sup>3</sup>.

De acordo com Mariana Joffily (2012, p. 140), há dispositivos na LAI que inovam o tratamento da questão da privacidade, havendo mesmo, em alguns casos, uma prevalência do direito à informação sobre o direito à intimidade. É o caso do parágrafo 4º do artigo 31, cujo texto estabelece que “a restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada (...) em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância”. Ou mesmo dos incisos IV e V do parágrafo 3º do mesmo artigo 31, que dispensam o consentimento expresso da pessoa referida no documento quando as informações forem necessárias à defesa de direitos humanos ou à proteção do interesse público e geral preponderante<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Essa observação, aliás, denota bem o entrelaçamento do tema do acesso à informação com a chamada “História do Tempo Presente”. Falar de uma História do Tempo Presente implica reconhecer a imbricação entre História e Política e uma imersão numa mesma temporalidade que “não terminou”, circunstâncias que ensejam a possibilidade de o conhecimento histórico produzido ser justamente confrontado pelos testemunhos daqueles que viveram os fenômenos que se busca narrar/explicar (FICO, 2012, p. 44-45).

<sup>4</sup> O marco normativo anterior relativo à tensão entre direito à informação e o direito à intimidade era diferente. O artigo 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, dispunha serem originariamente sigilosos os documentos relativos a dados da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, os quais deveriam ficar restritos ao acesso por um prazo máximo de 100 (cem anos), a contar da sua data de produção. Posteriormente, o artigo 7º da Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, estabeleceu que os documentos públicos que contivessem informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que fossem ou viessem a ser de livre acesso poderiam ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgasse ou ocultasse justamente a parte sobre a qual incidisse a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem

Veja-se que, não obstante o avanço legislativo, a tensão entre o público e o privado continua latente. Afinal, pode-se perguntar: a qualidade da lei, por si só, garante o controle de sua aplicação? Como relacionar a disciplina do direito à intimidade na LAI com o regulamento de idêntico direito presente em outros diplomas normativos – por exemplo, o Código Civil?<sup>5</sup> Pode-se falar da preponderância de um direito sobre o outro (informação sobre a vida privada ou o contrário)? Haveria algum aspecto da privacidade que não deveria em qualquer circunstância ser publicizado?<sup>6</sup> O que impede que a negativa de acesso à informação seja obstado não pela sua “condição de privada”, mas sim por não estar a pesquisa atrelada a “fatos históricos de maior relevância”? Aliás, o que se deve entender por “fatos históricos da maior relevância”? O que é o “fato histórico”?<sup>7</sup> O que é o “interesse público e geral preponderante”? Estas são apenas algumas perguntas que podem ser colocadas quando ao tema.

Partindo de um diálogo com a Historiografia, o objetivo do presente trabalho é, portanto, justamente tematizar juridicamente o problema da

---

das pessoas. Tanto o destacado artigo 23 – mais os artigos 22 e 24 – da Lei nº 8.159, de 1991, quanto a própria Lei nº 11.111, de 2005 – esta, na íntegra – foram revogados pela Lei nº 11.527, de 2011.

<sup>5</sup> O artigo 21 do Código Civil determina que “[a] vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

<sup>6</sup> Há quem sustente, com base no texto da Constituição Federal de 1988 (que fala em inviolabilidade da intimidade e da vida privada), e com base na chamada “teoria das esferas”, a distinção, em suma, entre o que seria a esfera íntima e o que seria a esfera da vida privada, figurando a primeira como o núcleo essencial e intangível do direito à privacidade. Para uma apresentação crítica dessa classificação, conferir Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 391 et seq.). Chama a atenção, inclusive, o fato de o parágrafo 4º do artigo 31 da LAI não mencionar expressamente a intimidade como elemento que não poderia ser invocado como fundamento para negar acesso à informação para recuperação de fatos históricos de maior relevância. A intimidade é, contudo, expressamente mencionada junto da vida privada, honra e imagem no *caput* e no parágrafo 1º do mesmo artigo 31 – dispositivos que preconizam a regra geral da restrição de acesso à informação com base nos citados direitos. No presente trabalho, adotamos como indistintos os termos privacidade, vida privada e intimidade, não se buscando fazer diferenciação de sentido entre eles.

<sup>7</sup> Em virtude dos limites do presente trabalho, não se terá condições de aprofundar essa questão dos “fatos históricos da maior relevância”. Cumpre, contudo, noticiar que toda uma problemática gira em torno da delimitação do que seriam esses fatos e de quem teria legitimidade para definir isso. De acordo com o artigo 59 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei nº 12.527, de 2011, cabe ao dirigente máximo do órgão ou entidade, de ofício ou mediante provocação, reconhecer a incidência da hipótese de recuperação de fatos históricos da maior relevância, destacando que, para tanto, poderão ser solicitados pareceres de universidades, instituições de pesquisa ou outras entidades com notória experiência em pesquisa historiográfica. A decisão da autoridade deverá ser precedida de publicação de extrato da informação, com descrição resumida do assunto, origem e período do conjunto de documentos a serem considerados de acesso irrestrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias. Após a decisão de reconhecimento, os documentos passam a ser considerados de acesso irrestrito ao público. Não obstante o avanço inegável de tal regulamentação, algumas preocupações podem ser levantadas, como, por exemplo, a submissão da pesquisa ao crivo ou à opinião da Administração, ou, por outras palavras, o controle da Administração sobre o objeto da pesquisa e sobre o pesquisador. Para uma análise dessa problemática, considerando-se a realidade da França, conferir Combe (2011, p. 19-27). Para um enfoque nas realidades do Brasil e da Argentina, conferir Catela (2009, p. 444-471).

relação público-privado, a propósito da tensão que se instaura entre o direito à informação e o direito à intimidade, oferecendo elementos que possam aclarar seu tratamento à luz dos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Afinal, embora a LAI seja considerada um verdadeiro marco legislativo, que tutela liberdades e abre “novos caminhos para a sociedade”, ao estabelecer uma mudança paradigmática no sentido de tornar regra a publicidade e exceção o sigilo das informações, deve-se “abandonar a crença simplista” de que ela, a lei, sozinha, modifica o mundo, assumindo, ao contrário, “o princípio de que o mundo modifica a lei” (AGUIAR, 2002, p. 69). É preciso, assim, tematizar a crença de que a adequabilidade das soluções para os problemas jurídicos passaria apenas pela maior ou menor qualidade dos textos legislativos.

[O] ansiado aprimoramento de nossas instituições pode requerer algo muito mais complexo do que a simples reforma de textos constitucionais e legislativos. Tudo está a indicar que a reforma, para ser produtiva, deveria dar-se precisamente no âmbito das posturas e das práticas sociais, ou seja, das gramáticas mediante as quais implementamos nossa vida cotidiana” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 235).

A relevância dos pressupostos e das posturas assumidas pelos operadores dos textos normativos ganha contornos ainda mais destacados quando se tem em mente que o próprio tempo das estruturas jurídicas estatais, que são pesadas e lentas, é mais dilatado em relação ao tempo das cada vez mais aceleradas transformações sociais (AGUIAR, 2002, p. 71).

Doravante, buscar-se-á, assim, explorar a relação entre o público e o privado na Modernidade, destacando as diferenças marcantes dessa tensão nos paradigmas de Estado de Direito respectivamente Liberal, Social e Democrático, com a exposição das respectivas posturas e su-

postos requeridos aos juristas na aplicação do Direito em cada um desses marcos.

Ao fim, e buscando dialogar com a Historiografia, serão tecidas algumas considerações acerca das especificidades dos documentos produzidos pela Ditadura Militar, com o objetivo de demonstrar uma chave de leitura que permita um uso deles adequado às responsabilidades éticas e sociais do historiador contemporâneo.

## 2. Paradigmas modernos de Estado de Direito

### 2.1. Uma breve noção da ideia de paradigma

Na obra “A estrutura das revoluções científicas”, Thomas S. Kuhn (2007) traz a lume a noção de paradigma, que, sob um prisma sociológico, se caracteriza por constituir “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada” (KUHN, 2007, p. 220). Trata-se da constelação dos compromissos de grupo, formada por uma matriz disciplinar composta de elementos diversos, que compõem um todo que funciona em conjunto (KUHN, 2007, p. 229). Na esteira de Kuhn (2007), pontua Pietro Costa (2010, p. 6-7) que “[o] paradigma é um conjunto de elementos que, considerados em conjunto, fornecem a um grupo de ‘expertos’ um modo peculiar de ver (ou de ‘construir’) o próprio objeto e uma conseqüente técnica de soluções dos problemas a ele relacionados”, tornando possível “um novo modo de representar um determinado aspecto da realidade”, bem como soluções coerentes com essa própria representação.

Carvalho Netto (2000) aponta que, se de um lado o esquema de paradigmas sofre com óbvias simplificações, já que a História como tal é irrecuperável e, ainda assim, incomensuravelmente mais rica do que grades esquemáticas, e

que os eventos históricos podem ser relidos e reconstruídos de várias maneiras, por outro,

“possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, pela tematização e pela explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 236-237).

Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011, p. 30-31) destacam ainda que o condicionamento de nosso agir e de nossa percepção de mundo, ao mesmo tempo em que lança luz sobre determinados aspectos, tidos como principais em dado momento, cega-nos quanto a outros – os quais permanecem como pré-compreensões irrefletidas ou como ideias *a priori* tidas como absolutas, visto que compartilhadas no silêncio constitutivo do pano de fundo das práticas sociais.

Quando elementos integrantes desses silêncios ficam expostos à luz, ficam em evidência ou em perspectiva, verifica-se, não raro, tratarem-se não de acordos racionais, mas de puros preconceitos, que, enquanto tais, não representam saber algum (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 30-31).

A mudança de um paradigma para outro representa o iluminar de pontos antes obscuridos e sua análise crítica, de forma que os paradigmas, assim, terminam por orientar “o projeto de realização de uma associação de cidadãos livres e iguais” (HABERMAS, 1998, p. 13, tradução nossa), havendo, pois, na apropriação que Habermas faz da ideia de paradigma, um aprendizado entre um paradigma e outro.

Aprende-se, pois, com os erros do passado. “Daí a razão e a necessidade de também apresentarmos os paradigmas anteriores, pois, mediante essa contraposição, melhor poderemos compreender o novo paradigma positivado e suposto pela Constituição da República de 1988” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 237).

Dentro do objetivo inicialmente colocado, cumpre agora tematizar, ainda que brevemente, cada um dos três paradigmas modernos de Estado de Direito, bem como a caracterização da tensão entre o público e o privado que cada um deles carrega.

## 2.2. O Estado Liberal de Direito

Com a modernidade e o advento do projeto iluminista, a religião deixa de ser o fundamento absoluto e unitário do mundo (e de uma única visão de mundo ou de projeto de vida) e passa a ser um direito individual.

Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 89-91) explicam que nas sociedades pré-modernas ou tradicionais, a religião servia de base e de feixe aglutinador de um sistema normativo indiferenciado (entre moral, política e direito), que, dado seu caráter divinizado, constituía ou regia sociedades estáticas e rígidas. Dada a naturalização divina, os privilégios de uns sobre os outros se perpetuavam, por serem inquestionáveis e imutáveis. Não havia alternativas às práticas sociais legitimadas por uma ordem divina<sup>8</sup>.

A diluição do fundamento único de mundo possibilita um pluralismo religioso, político e social que culmina com a “invenção do indivíduo” moderno e iluminado, detentor de autonomia, de sorte que todos passam a ser considerados livres e iguais.

---

<sup>8</sup> Para uma apreciação histórica do fim dessa visão de mundo, tendo em vista a tematização da relação entre o público e o privado, conferir Paixão (2003, p. 19-50).

Cristiano Paixão (2003) identifica duas aquisições evolutivas fundamentais e relacionadas entre si que informam a passagem para a Modernidade: a diferenciação funcional e a edição de constituições escritas. Por meio da diferenciação funcional, a sociedade passou a estruturar-se não a partir de uma diferenciação hierarquizada por estratos (que gerava distribuição desigual de poder), mas sim descentradamente com base em sistemas funcionalmente especializados.

“É exatamente essa abertura para a atuação de domínios funcionais especializados que permitirá uma radical modificação na vigência do direito. Não será possível, a partir da diferenciação funcional, estabelecer as bases da cadeia normativa da sociedade com fundamento em doutrinas no direito natural (seja ele de ordem cósmica, moral, teológica ou racional-especulativa). A luta contra o Absolutismo – mote central das Revoluções Francesa e Americana – e a busca pela tolerância política e religiosa exigirão uma nova forma de estabelecimento e controle do poder. Essa forma – uma invenção do final do século XVIII – consolidou-se, na imensa maioria dos países ocidentais, por meio das constituições escritas” (PAIXÃO, 2003, p. 33).

A garantia da liberdade e da igualdade reconhecidas ocorre, assim, mediante as constituições escritas e o estabelecimento de regras gerais e abstratas, igualmente válidas para todos. Influenciado pelo constitucionalismo clássico decorrente das lutas contra o Absolutismo e a intolerância política e religiosa, o Estado assumiu função mínima, regulatória, incumbindo-lhe a garantia da ordem, da liberdade privada dos cidadãos, bem como a imposição e cogência das regras gerais e abstratas, cabendo ao mercado a distribuição de oportunidades e benefícios (PAIXÃO, 2003, p. 36)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup>Cristiano Paixão (2003, p. 36) destaca ainda a permanência de estruturas do Antigo Regime, típicas da diferen-

Há uma preponderância da autonomia privada, já que todos os indivíduos apresentam-se formalmente como detentores de direitos tidos por verdades matemáticas pré-políticas (liberdade, igualdade, propriedade privada etc.), verdadeiros egoísmos anteriores à vida social, condicionantes, pois, do exercício da autonomia pública (CARVALHO NETTO, 2000, 2003; CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011). Sendo formalmente livres e iguais, teriam pressupostas as potencialidades de firmar pactos (contratos), ter bens (serem proprietários) e de se submeterem a um sistema de leis gerais e abstratas (PAIXÃO, 2003). Se ao Direito Privado caberia a disciplina das “verdades matemáticas inerentes a todo e qualquer indivíduo”, ao Direito Público caberia, como seara das convenções<sup>10</sup>, o não retorno ao Absolutismo, garantindo as regras do jogo para que os direitos privados pudessem ter livre curso (CARVALHO NETTO, 2000).

Nesse contexto de Estado mínimo e de regras gerais e abstratas, albergadoras de direitos essencialmente negativos (voltados contra a indevida ingerência do Estado), percebe-se haver uma assimetria na relação público-privado, pois a seara do privado aparece nitidamente superdimensionada (PAIXÃO, 2003).

As consequências para a aplicação do Direito, de sua sorte, não poderiam ser outras senão as de que os juízes deveriam atuar apenas como a boca da lei, ou seja, para solução dos conflitos

---

ciação por estratos então existente: “assim, não há inclusão de toda a população adulta nos processos eleitorais e critérios de voto censitário se fazem presentes”. Para um maior detalhamento desse aspecto, conferir Carvalho Netto (2000).

<sup>10</sup>É de Carvalho Netto (2000, p. 240) a observação de que, “em face do direito privado, reino por excelência daquelas verdades evidentes, o direito público, ao variar, em seus detalhes, de país para país, é visto como mera convenção, pois da “sociedade política” deveria participar apenas a “melhor sociedade”, convencionalmente estabelecida pelo requisito de renda mínima para o exercício do voto, bem assim pelos critérios mínimos crescentes de renda censitariamente escalonados para que alguém pudesse candidatar-se a cargos públicos nacionais, regionais e locais”.

que lhes fossem submetidos deveriam agir como mecânicos, limitando-se apenas a subsumir os fatos à correlata disposição legal reguladora, a qual deveria ter seu alcance atingido por simples leitura sintática direta de seu texto (CARVALHO NETTO, 2000). Afinal, as regras/leis estariam legitimadas, formalmente, pela produção do parlamento representativo e pelo sancionamento estatal e, materialmente, por albergarem “verdades do mundo”.

### 2.3. O Estado Social de Direito

Os direitos de liberdade e igualdade formais do Estado Liberal deram azo e fundamentaram gigantescas práticas exploratórias daqueles que detinham o capital sobre aqueles que “eram livres” para vender/alugar sua força de trabalho ou celebrar contratos nos mercados capitalistas, sem qualquer ingerência estatal – até então vedada.

As modificações sociais e econômicas, aliadas aos exageros atingidos pela liberdade meramente formal, geraram demandas que culminaram numa sociedade de classes e de massa profundamente insatisfeita, que, sedenta de mudanças, começou a organizar-se em movimentos sociais voltados para obtenção de direitos coletivos e sociais que garantissem melhores condições de vida – salário mínimo, jornadas de trabalho limitadas, descansos periódicos, proteção contra os mais variados infortúnios da vida (doenças, acidentes, incapacidades, morte), acesso à saúde, ao lazer, à educação etc. Nenhuma dessas prestações era disponibilizada pelos detentores do capital (eram livres para não fazê-lo), mas também não eram fornecidas pelo Estado (impossibilitado de fazê-lo). Dado esse total descompasso entre a ordem jurídica vigente e a pressão das aspirações sociais, duas vias de atuação se abriram: reforma ou revolução.

“Prevaleceu, como se sabe, na Europa Ocidental, a via reformista. A reação do Estado às revoltas e conflitos sociais deu-se mediante uma mudança de paradigma: o surgimento do *Estado Social*. Passam a integrar o rol das constituições escritas, além do núcleo essencial das cartas liberais, novos direitos (contemplando a atividade do homem como trabalhador, como ator social numa rede de relações econômicas) e novas formas de exercício (reconhecimento dos sujeitos coletivos de direito, novas competências estatais)” (PAIXÃO, 2003, p. 39, grifo do autor).

No Estado Social, ocorre, pois, não só o acréscimo de novos direitos (coletivos e sociais), mas também uma remodelação dos já conhecidos direitos de igualdade e liberdade (CARVALHO NETTO, 2000). Considerando que a riqueza e o poder estavam concentrados numa parcela da sociedade, o Estado, dito Social, assume a condição de agente provedor

das compensações tendentes à materialização da igualdade até então formal. Para os desiguais (os que tinham menos posses do que os outros ou o lado mais fraco das relações jurídicas), deveriam ser disponibilizadas prestações que os compensassem, materializando de fato a igualdade postulada na teoria. A liberdade, de sua sorte, passou a ser vista não como aquela ampla e irrestrita, mas como um direito precisamente conformado pelo Estado, mediante leis sociais.

Essas alterações, que culminaram na atribuição do Estado de promover as compensações e inclusões sociais, demandaram não só a criação de um extenso e especializado aparato técnico-administrativo, pulverizado e ramificado em várias áreas da sociedade, mas também a própria redefinição da compreensão da relação entre o público e o privado, entre o direito público e o direito privado (PAIXÃO, 2003).

A distinção entre direito público e direito privado passa a ser meramente didática e não mais ontológica. Os direitos individuais, antes tidos como “verdades”, passam a ser encarados como meras convenções. Como o Estado assume a condição de agente equalizador da distribuição de riqueza, todo direito passa a ser público no Estado Social (CARVALHO NETTO, 2000; PAIXÃO, 2003).

Identificando-se com o estatal, ou seja, esgotando-se no Estado, o público hipertrofia-se sobre o privado, o qual passa a ser visto com desconfiança (PAIXÃO, 2003). Inverte-se o sentido do vetor, de sorte que a preponderância recai sobre a autonomia pública, ficando a esfera privada delimitada pela ideia de “bem comum” estabelecida pela burocracia tecnocrata (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 108), integrante do sistema político que agora se coloca como o eixo central da sociedade (PAIXÃO, 2003).

“A urgente materialização dos direitos, como condição prévia à cidadania, parecia requerer e recomendar a supressão da formalidade, dos processos de participação. Afinal de contas, o que a massa ou seus representantes pluralmente configurados teriam a dizer em assuntos tecnicamente intrincados e complexos?” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 150).

O modo de interpretar/aplicar o Direito não ficou imune a todas essas transformações. Conforme acentua Carvalho Netto (2000), sob o paradigma do Estado Social ganharam curso posturas que valorizavam as análises teleológica, sistêmica e histórica dos atos normativos, deslocando-se a referência da vontade subjetiva do legislador para a vontade objetiva da própria lei, tendo em vista a materialização de direitos em seu bojo prevista e as necessidades dos programas sociais. Como braço do Estado, a tarefa do operador do Direito, mormente o juiz, volta-se à garantia dos programas e das finalidades sociais assumidas pelo Estado<sup>11</sup>.

## 2.4. O Estado Democrático de Direito

Os problemas do Estado Social tornaram-se evidentes com a crise econômica da década de 70 do século XX, que colocou em xeque a capacidade de planejamento das Administrações estatais burocráticas na busca pela realização dos programas formulados com o objetivo de materializar a igualdade.

Os problemas dessa materialização de direitos, se de um lado se apresentam de um ponto de vista do questionamento da capacidade econômico-gerencial do Estado para suportar

<sup>11</sup> “Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei por meio de uma ciência do direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua *Teoria pura do Direito*” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 243, grifo do autor).

as prestações sociais, de outro referem-se à própria legitimidade das políticas adotadas. Conforme ressalta Cristiano Paixão (2003, p. 41-42), a crise deriva antes de tudo de um déficit de cidadania e de democracia, decorrente da ausência de “participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política”.

Isso provocou uma crise de legitimidade, pois a Administração, afastada da gênese democrática dos direitos, passou a se autoconduzir a partir das decisões de uma burocracia tecnocrata, que terminava por “programar” a noção de bem comum (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 108-109). Conforme ressalta Habermas (2003a, p. 173),

“as instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direitos inalienáveis.”

As consequências desse tipo de conformação estatal voltada à materialização pura de direitos verificam-se na mácula ao princípio da separação de poderes e na formação de um rebanho de clientes impossibilitados de se autodeterminar, dado que dependentes de um Estado paternalista e de suas dádivas. Essa diluição do Direito na Política<sup>12</sup>, entretanto, não deveria ocorrer, já que “a partir do momento em que se criam políticas que não obedecem mais às condições da gênese democrática do direito, perdem-se os critérios que permitiriam avaliá-las normativamente” (HABERMAS, 2003a, p. 171).

Para debelar essa crise e garantir mecanismos adequados aos desafios cada vez maiores da sociedade complexa contemporânea<sup>13</sup>, restabelecendo a autonomia do indivíduo e o equilíbrio constitucional dos poderes, surge o novo e ainda em curso paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse novo paradigma, não há mais a pré-definição de “um determinado ideal de sociedade, nem [de] uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política” (HABERMAS, 2003a, p. 190).

A liberdade e a igualdade deixam de ser meramente formais ou puramente materiais. Conforme ressaltam Menelick de Carvalho Netto

---

<sup>12</sup> Cristiano Paixão (2003, p. 42) destaca, a respeito, a perda da “diferenciação funcional” no Estado Social de Direito.

<sup>13</sup> “As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento dos direitos da terceira geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado, foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 243).

e Guilherme Scotti (2011, p. 109), forma e matéria, agora, passam a ser equiprimordiais, de sorte que

“a materialização, conquanto importante, deve resultar do próprio processo de afirmação dos sujeitos constitucionais e contar com garantias processuais (formais) de participação e de controle por parte dos afetados pelas medidas adotadas em seu nome, e, pelo menos retoricamente, visando o seu bem-estar.”

Se nos paradigmas anteriores havia uma diluição ou limitação do público ao estatal (PAIXÃO, 2003, p. 44), no Estado Democrático de Direito a esfera pública alarga-se para além das fronteiras estatais, de sorte que o Direito, na mesma esteira, se abre à sociedade e à participação dos interessados – tidos ao mesmo tempo como autores e destinatários das normas a serem produzidas (HABERMAS, 2003b, p. 169) –, de maneira a formar-se discursivamente a partir dos influxos da sociedade civil, mobilizada em associações, grupos, movimentos etc. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 112). Diante disso, legítimo será aquele Direito produzido ou gerado discursivamente, num processo que garanta o direito fundamental de participação política e controle de cada interessado.

Cumpre ressaltar, com Habermas (2003b), que sob o signo do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais e a soberania popular são elementos co-origenários ou equiprimordiais. Dessa forma, é preciso reconhecer que

“[...] não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 98-99).

A ideia de equiprimordialidade estende-se, de sua sorte, à relação entre o público e o privado, entre o direito público e o direito privado. Se nos paradigmas anteriores “as esferas do público e do privado renunciaram às suas pontes e deixaram correr soltos todos os preconceitos recíprocos e desconfianças mútuas” (AGUIAR, 2002, p. 70), no Estado Democrático de Direito, o público, agora alargado para além do estatal, e o privado, agora revalorizado, deixam de ser vistos como opostos entre si e passam a ser encarados como complementares (PAIXÃO, 2003, p. 44-45). Conforme ressaltam Carvalho Netto e Scotti (2011, p. 129, grifo do autor), a tensão entre esses dois elementos perpassa qualquer tipo de direito (seja ele individual, coletivo ou difuso), de forma que, “[i]ndependente de

menção expressa na Constituição, todo direito individual deve cumprir uma *função social*, e isso integra *internamente* seu próprio sentido para que possa ser plausível”. Certo é, assim, que uma compreensão adequada ao Estado Democrático de Direito deve necessariamente tomar em consideração essa equiprimordialidade entre o público e o privado quando da atribuição de sentido a um determinado direito pelos juristas.

Logo, torna-se problemático, em termos das práticas supostas no Estado Democrático de Direito, falar *a priori* da prevalência de uma dimensão sobre a outra. A definição da resposta correta ou adequada que deverá reger uma determinada situação deve voltar-se à facticidade dos casos concretos, os quais demandam interpretação tanto quanto os textos. Os fatos, aqui, são encarados como “equivalentes a texto”, o que implica reconhecer que são “somente apreensíveis por meio da atividade de interpretação, mediante uma atividade de reconstrução da situação fática profundamente marcada pelo ponto de vista de cada um dos envolvidos” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 246).

Prever antecipadamente soluções abstratas, sem tomar em consideração a individualidade e irrepetibilidade de cada situação concreta, é acreditar, como se supunha nos paradigmas anteriores, “na bondade da universalidade da regra”, na redução conceitual de se ver o ordenamento jurídico como um todo previamente racionalizado em regras sistematizadas capazes de por si sós controlarem suas hipóteses de aplicação. Tais supostos não se coadunam com o Estado Democrático de Direito, já que produzem cegueira quanto à complexidade dos fatos, quanto à interpretação que cada um dos envolvidos deles faz e quanto à possibilidade de se produzir resquícios de injustiça (CARVALHO NETTO, 2000; CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011).

“Com essa abertura para a complexidade de toda situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico se apresente diante dele não por meio de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações<sup>14</sup>” (CARVALHO NETTO, 2000, p. 246)<sup>14</sup>.

### 3. Dos arquivos sensíveis

Em face do marco exposto, tem-se que o problema do acesso aos arquivos em geral (e, em particular, aos arquivos ditos sensíveis) não deve ser tratado a partir de apriorismos ou de extremos que conduzam a soluções antecipadas e abstratas no sentido de ou se proibir ou se permitir o acesso a tudo.

Célia Leite Costa (1998) parece, em princípio, concordar com um tal pressuposto, já que reconhece a impossibilidade de se estabelecer *a priori* qual dos dois direitos (informação ou intimidade) deve prevalecer. Para ela, “[a]ssim como a vida privada e a intimidade são os principais limites à liberdade de informação, o inverso também é verdadeiro” (COSTA, 1998, p. 194). Suas postulações, contudo, no sentido de que sempre que a informação for necessária ao exercício do bem comum, o interesse público deve prevalecer (COSTA, 1998, p. 195) e de que tanto o bem comum quanto o interesse público seriam “sempre maiores do que os interesses

---

<sup>14</sup>Veja-se, como um breve exemplo, que a Constituição protege o direito à informação e simultaneamente o direito à intimidade e à vida privada. Todavia, se a Lei de Acesso à Informação adota, de um lado, um paradigma de democratizar a informação, inclusive admitindo, em dadas circunstâncias, a divulgação de dados privados, de outro, o Código Civil preconiza que “[a] vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (artigo 21).

individuais e singulares” (COSTA, 1998, p. 198) apresentam dificuldades de se firmarem no marco do Estado Democrático de Direito.

Ludmila Catela (2009) chama a atenção, aliás, para a oscilação que acompanha os arquivos da repressão, que envolve, de um lado, a *produção social de uma indiferença* “em nome da democracia, da verdade, da reparação histórica e da “informação para todos”, enfim, em nome do bem comum, e, de outro, “[a]s lembranças, sentimentos, posições e pontos de vistas dos que tiveram suas vidas arbitrariamente expropriadas expostos em tais documentos e que raramente são consultados ou escutados” (CATELA, 2009, p. 449).

Se o tratamento do problema refoge a soluções extremas, doutra parte coloca em questão a maneira pela qual os arquivos da ditadura devem ser enxergados – o que envolve, logicamente, a responsabilidade ética dos próprios pesquisadores.

“Os documentos da ditadura não são um testemunho da verdade, mas a memória do arbítrio” (FICO, 2012, p. 58). Deve-se considerá-los antes como registros historicamente situados do que como dados naturalizados, sendo certo que a partir deles se pode conhecer toda uma história de preconceitos, forjada pela atividade repressiva que buscava, sob toda sorte de subterfúgios, caracterizar os inimigos do Estado (KNAUSS, 2012, p. 150-151).

“De modo geral, proliferam os adjetivos desqualificadores da personalidade nos papéis da polícia, ao lado de indicação de muitos nomes. Para desqualificar seus investigados, a polícia abusava de referências a sexo e dinheiro. (...) Esses qualificativos pejorativos serviam para denegrir a crítica política, transferindo a ideologia para o campo da moral e dos costumes. Em sua época de produção, essas informações tinham estatuto de verdade; hoje são exemplos de fabricação de mentiras e, por vezes, tornam-se tristemente risíveis” (KNAUSS, 2012, p. 150).

Para Mariana Joffily (2012), a construção social da chave interpretativa necessária para captar o significado dos arquivos sensíveis demanda encará-los em suas especificidades, reconhecendo, assim, que são produto de perseguições, frequentemente levadas a efeito sob torturas física e psicológica; que, portanto, “as informações lá contidas são muitas vezes produto de delações, de falsos testemunhos, de invenções elaboradas com o objetivo de fazer cessar a violência”; que, num contexto de supervalorização do inimigo, esses arquivos veiculam exageros, distorções, falsidades, imprecisões e mesmo erros (JOFFILY, 2012, p. 142-143). Devem, nesse contexto, conforme conclui Beatriz Kushnir (2006, p. 51), ser encarados não como portadores da verdade da vida dos indivíduos neles retratados, “mas sim como a expressão da lógica da desconfiança que permeava um

órgão com características ditatoriais”. Tais arquivos são produto de situações-limite que têm como pano de fundo a intolerância como parte vital do sistema autoritário (BAUER; GERTZ, 2009, p. 177).

A repressão expropriava a vida das pessoas, não só tirando-as de seu livre curso, como também produzindo documentos sobre elas e, mesmo, apropriando-se ilegalmente de objetos pessoais (cartas, fotos, livros e outros objetos pessoais) que nada diziam respeito aos perigos do inimigo contra o qual lutava. A partir dessa constatação, e do fato de que toda essa variedade de documentos/objetos pertence hoje ao patrimônio público, Ludmila Catela (2009) diferencia os conteúdos dos arquivos “entre objetos *produzidos* pelo órgão de repressão (documentos, interrogatórios, mapas, fotos) e objetos *expropriados* (fotos, folhetos, cartas, objetos, livros)”, para então concluir que “[r]esguardar as pessoas cujas vidas foram expropriadas não é a mesma coisa que manter os segredos dos documentos nascidos como estritamente confidenciais” (CATELA, 2009, p. 469, grifo do autor). É algo de fato a ser levado em consideração, embora não de maneira absolutizada, como um *a priori* que não possa ser discursivamente tematizado, mormente quando se considera que há toda uma produção historiográfica voltada para a pesquisa do cotidiano e que tais bens pessoais constituem o produto de uma atividade estatal expropriatória<sup>15</sup>.

É preciso compreender, enfim, com Henry Rousso (1996), que deve ser feita uma recontextualização do arquivo, voltada à apreensão não só de seu significado, mas também da lógica de atuação da instituição que o produziu.

---

<sup>15</sup> Volta-se, aqui, à temática, apenas referida na nota de rodapé nº 6, acerca da existência, segundo alguns autores, de esferas de privacidade em que a intimidade seria aquela mais restrita. Como já asseverado, o presente trabalho, contudo, não parte de uma tal distinção.

Deve-se ter em mente, ainda, que os arquivos muitas vezes se apresentam tão somente como o resultado de um processo de mediação narrativa conduzida a partir do que foi oralmente colhido, que termina, portanto, por alterar o que foi originalmente dito. Destacando a necessidade de se prevenir contra o “fetichismo do documento”, “que caminha lado a lado com a obsessão, igualmente suspeita, de uma transparência absoluta”, Rousso (1996, p. 90) alerta para o fato de que “[n]enhum documento jamais falou por si só”, o que significa, em outras palavras, que ele não pode ser pensado, enquanto fonte, fora da pergunta e do olhar do pesquisador que o aborda.

## 4. Conclusão

O paradigma do Estado Democrático de Direito parte de pressupostos que procuram dar conta da complexidade da vida social contemporânea. Foge, assim, entre outros pontos, da crença, antes reputada válida, mas hoje tida por ingênua, de que a lei, por si só, seria capaz de produzir as transformações sociais cada vez mais rapidamente demandadas.

É preciso, assim, que as garantias oriundas da lei geral e abstrata sejam acompanhadas por mudanças nos supostos assumidos pelos operadores do direito, pelos historiadores e pelos cidadãos em geral, de forma que todos possam convergir numa sociedade produtora de decisões, de normas, efetivamente participativas.

As noções de público e de privado devem ser encaradas a partir de sua historicidade, abrindo-se para o reconhecimento de que ambas são complementares, equiprimordiais, e que os dispositivos normativos que as densificam precisam ser interpretados/aplicados à luz dos casos concretos, da facticidade.

Os arquivos da Ditadura, de sua sorte, demandam uma chave de leitura que possa

efetivamente produzir a informação subsidiadora do duro aprendizado histórico que se faz possível em decorrência das grandes violações a direitos humanos ocorridas em períodos de exceção.

## Referências

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, n. 9, p. 69-78, 2002.

BAUER, Caroline Silveira; GERTZ, René E. Arquivos de regimes repressivos: fontes sensíveis da história recente. In: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCA, Tania Regina (Org.). *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009.

BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 maio 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, n. 6, p. 233-250, 2000.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_.; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATELA, Ludmila da Silva. Do segredo à verdade... processos sociais e políticos na abertura dos arquivos da repressão no Brasil e na Argentina. In: SANTOS, Cecília MacDowell; TELES, Edson; TELES, Janaina de Almeida (Org.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009. 2 v.

COMBE, Sonia. Resistir à razão de Estado. In: SALOMON, M. (Org.). *Saber dos arquivos*. Goiânia: Ricochete, 2011.

COSTA, Célia Leite. Intimidade versus interesse público: a problemática dos arquivos. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, p. 189-199, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2066>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

COSTA, Pietro. *Uma questão de método: a relação entre teoria e historiografia*. Texto apresentado em Seminário organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, História e Constituição da Universidade de Brasília. Tradução de Cristiano Paixão, Menelick de Carvalho Netto e Ricardo Lourenço Filho. 2010.

FICO, Carlos. História do tempo presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: o caso brasileiro. *Varia Historia*, Belo Horizonte, v. 28, n. 47, p. 43-59, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-87752012000100003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-87752012000100003&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

HABERMAS, Jürgen. Paradigms of law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Ed.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. 2 v.

\_\_\_\_\_. O estado democrático de direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: \_\_\_\_\_. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

JOFFILY, Mariana. Direito à informação e direito à vida privada: os impasses em torno do acesso aos arquivos da ditadura militar brasileira. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 49, p. 129-148, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/3766>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

KNAUSS, Paulo. Usos do passado e história do tempo presente: arquivos da repressão e conhecimento histórico. In: VARELLA, F. et al. (Org.). *Tempo presente e usos do passado*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. 1. reimpr. São Paulo: Perspectiva, 2007.

KUSHNIR, Beatriz. Decifrando as astúcias do mal. *Revista do Arquivo Público Mineiro*, Belo Horizonte, ano XLII, n. 1, p. 41-52, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/rapm/brtacervo.php?cid=933&op=1>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ROUSSO, Henry. O Arquivo ou o indício de uma falta. *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 85-91, 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2019>>. Acesso em: 13 maio 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

# O Estado na promoção da igualdade material

A constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF

JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA SIMÃO  
THIAGO RODOVALHO

## Sumário

1. Introdução. 2. O Estado liberal e a conceituação da igualdade na forma da lei. 3. A igualdade material como pressuposto da atuação do Estado. 4. O pressuposto teórico de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988: a legitimidade das ações afirmativas com base em critério étnico-racial. 5. Conclusão.

José Luiz de Almeida Simão é mestrando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie-SP e graduado em Direito pela mesma Universidade. Defensor Público do Estado de São Paulo.

Thiago Rodovalho é doutorando em Direito Civil – Arbitragem e mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Graduado em Direito pela Puccamp. Advogado em São Paulo. Professor-Assistente Convocado de Arbitragem e Mediação na graduação da PUC-SP.

## 1. Introdução

De tempos em tempos, o Supremo Tribunal Federal defronta-se com julgamento de questões que mobilizam a atenção da comunidade jurídica, da imprensa e da opinião pública. São casos em que, por conta das consequências potencialmente transformadoras, as decisões assumem um especial papel nas relações sociais de modo geral, e seus efeitos irradiam-se para as demais esferas do poder público, especialmente o Poder Executivo, acabando por tornar-se paradigmáticas na sua jurisprudência.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Esses casos notáveis não constituem regra no Supremo Tribunal Federal (STF). Cotidianamente, o Tribunal é obrigado a julgar matérias concernentes à jurisdição ordinária, funcionando como um mero tribunal de recursos. De acordo com dados disponíveis no site do Supremo, até 27 de novembro de 2012, o STF dispunha de um acervo de 68.991 processos em andamento, sendo 49.699 classificados como de classes recursais, isto é, recursos de Agravo de Instrumento, Recurso Extraordinário e Recurso Extraordinário com Agravo, 5.192 processos criminais, 12.195 divididos nas demais modalidades processuais, e somente 1.905 processos relativos a controle abstrato de constitucionalidade (BRASIL, 2012b).

É o caso do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF, proposta pelo partido político Democratas (DEM), em 2009, contra a prática adotada pela Universidade de Brasília (UnB) de reservar 20% (vinte por cento) das vagas para acesso ao ensino superior aos candidatos negros (HAIDAR; COUTINHO, 2009). O Democratas requereu a declaração de inconstitucionalidade da reserva de vagas para estudantes de cor negra, com a alegação de que a medida da UnB era flagrantemente inconstitucional por ofender os princípios da isonomia e da meritocracia, já que a universidade pública concederia benefício a determinado grupo de indivíduos por conta da cor da pele de seus integrantes. Tal fato acarretaria, na verdade, um efeito contrário ao pretendido pela UnB, provocando aumento da desigualdade, pois, segundo aquele partido, presenciáramos no Brasil a institucionalização de um Estado racial, gerador de segregação. Ainda segundo o autor da ação constitucional, a UnB estaria a ressuscitar ideais nazistas na medida em que a prática permitiria à universidade decidir a que raça determinada pessoa pertence e, com base nessa definição prévia, agraciá-la com a reserva de vaga.

Contrariamente ao que costumeiramente é levantado pelos defensores da abolição das políticas de cotas raciais, e demonstrando a complexidade da matéria, o DEM reconhece que há no Brasil preconceito de raça, potencialmente causador de prejuízos aos estudantes negros. No entanto, defende que a adoção do modelo de cotas raciais para o acesso ao ensino superior não é compatível com a Constituição Federal, sendo que a implementação da prática seria danosa, no longo prazo, aos interesses da sociedade.

A ação patrocinada pela agremiação partidária desafiou o Supremo Tribunal Federal a posicionar-se sobre questão extremamente polêmica, compelindo o Tribunal a responder às

seguintes indagações: o modelo jurídico-constitucional de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 legitima a adoção de políticas públicas tendentes a conceder benefícios a minorias sociais vítimas de processo histórico de exclusão? E, em caso afirmativo, a política das cotas raciais para o ingresso no ensino superior estaria albergada no atual panorama constitucional?

Conforme amplamente divulgado<sup>2</sup>, o Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade, improcedente a ADPF 186/DF, corroborando a prática adotada pela Universidade de Brasília de reservar parcela das vagas disponíveis ao ingresso no ensino superior para pessoas negras. Os votos disponíveis até o momento<sup>3</sup> permitem concluir que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se ao lado dos defensores da teoria da legitimidade da discriminação positiva em favor de grupos socialmente vulneráveis. Segundo o Tribunal, o poder público tem a obrigação constitucional, por questão de justiça, de instituir mecanismos de distribuição de oportunidades iguais a todos a fim de corrigir distorções históricas sofridas por determinado grupo social, propiciando a participação adequada dos excluídos na prosperidade nacional.

A postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 186/DF descortina um amplo espectro de possibilidades de análise. O presente trabalho pretende concentrar-se em explicitar o pressuposto adotado pelo Supremo no tocante ao papel que o Estado brasileiro deve assumir na inclusão social de grupos vulneráveis, usando como pano de fundo o modelo de acesso ao Ensino Superior por meio das cotas raciais.

<sup>2</sup> Até a data da submissão deste artigo, o STF não havia publicado a íntegra do acórdão, mas somente a ata do julgamento em 10/5/2012, DJE nº 93.

<sup>3</sup> Os votos são os do Ministro relator Ricardo Lewandowski e do Ministro Marco Aurélio Mello (BRASIL, 2012a).

Pretendemos deixar de lado, portanto, a abordagem do julgado com base na análise, exemplificativamente, da suposta teoria da justiça adotada pelo STF (BADIN; PROL, 2012), bem como estudos comparativos acerca da experiência brasileira e norte-americana no tocante às ações afirmativas tendo como base as cotas raciais (PEREIRA, 2012). Para alcançar nosso desiderato, o artigo pretende traçar as características fundamentais dos modelos de Estado adotados na história constitucional ocidental, especificando o papel de cada um na busca da promoção da cidadania e da igualdade, permitindo, a partir daí, estabelecer o marco teórico adotado pela Constituição de 1988 e as obrigações que ela impõe aos poderes constituídos na promoção da inclusão social.

Estabelecidas as premissas teóricas, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação constitucionalmente adequada ao modelo de Estado professado na Constituição, ao legitimar políticas públicas em prol de grupos vulneráveis, não descuidando do aspecto polêmico quanto à adoção de política pública de discriminação positiva concernente à imposição de restrições ao uso das cotas raciais como critério único para o ingresso em curso superior.

## **2. O Estado liberal e a conceituação da igualdade na forma da lei**

O Estado liberal foi o modelo de organização política tributário da Revolução Francesa que vicejou na Europa entre os séculos XVIII a XIX, responsável pela incorporação, na agenda política da época, do ideário democrático-republicano da igualdade como uma crítica dirigida à sociedade estamental, ao estado patrimonial e a iniquidade da distribuição de bens públicos e oportunidades sociais (BARROZO, 2004, p. 108; RODOLVALHO, 2011, p. 59-64). A tomada do poder político pela burguesia liberal introduz na arena política a doutrina do individualismo, noção até então exclusiva do ambiente comercial, caracterizada pela “oposição entre o estado da natureza e a sociedade civil” (COMPARATO, 1988, p. 19).

A então incipiente concepção política propõe a valorização do indivíduo isoladamente considerado, reconhecendo ser detentor de valor por si mesmo e que precede ao Estado, sendo este concebido pelos indivíduos e não o contrário (BOBBIO, 2000, p. 479-480). Os poderes públicos, nesse contexto, eram responsáveis por duas tarefas apenas: manter a paz e a segurança da sociedade civil e a produção do direito (COMPARATO, 2000, p. 19), estando impedidos de intervir na ordem natural do mercado e das relações sociais (GRAU, 2010, p. 14-20).

O individualismo igualitário compreendia uma divisão clara entre o Estado e a sociedade civil como se fossem duas dimensões diferentes,

sendo a sociedade composta de indivíduos e não de grupos sociais. Os homens seriam completamente iguais uns aos outros em direitos e obrigações, e a ação do Estado deveria limitar-se a declarar essa suposta igualdade na forma de lei, reservando-se ao Judiciário a tarefa de fiscalizar o Executivo para que não reintroduzisse a desigualdade.

“A idéia de que os Poderes Públicos só existem para garantir a livre e pacífica convivência humana na sociedade civil é levada às últimas consequências lógicas; ou seja, se os indivíduos organizados em sociedade forem suficientemente avisados e prudentes para dispensarem a coação estatal, o Estado tem que se afastar da cena pública e recolher-se aos bastidores. Ele se torna, propriamente, inútil. [...] O Estado Liberal assumiu, portanto, desde o seu nascimento, um feitiço marcadamente estático e conservador. Não se pedia aos Poderes Públicos, nem deles se esperava, que construíssem uma nova sociedade ou modificassem, ainda que minimamente, a sociedade existente. Exigia-se-lhes, apenas, que protegessem as liberdades individuais e mantivessem a ordem pública. [...] Daí haver sido justamente caracterizada a Constituição do Estado Liberal como criadora do sistema de ‘government by law’” (COMPARATO, 2000, p. 21-24).

Consoante João Caupers (2003, p. 99-100), são quatro os postulados definidores do Estado liberal: a mínima intervenção do domínio estatal na vida dos cidadãos, a feição autoritária da atuação do Estado sempre que chamado a imiscuir-se no ambiente privado, a separação entre atividade administrativa e legislativa e, por fim, a distinção entre público e privado, de inspiração romana. O conteúdo da noção de igualdade, mola propulsora da cidadania, dependia do grau de *status* conferido pelo Estado-Nação ao povo e consubstanciava-se na mera fruição dos direitos políticos de votar e ser votado (SMANIO, 2008, p. 336) e de contratar no mercado, e todos eram considerados formalmente iguais em direitos e obrigações.

Como o valor da igualdade se consubstanciava na mera abstração legal baseada na previsão legislativa de submissão de todos aos ditames da lei, independentemente das carências que certos grupos sociais eventualmente apresentassem e que impediam a fruição de oportunidades sociais e acesso a bens públicos por todos, sua satisfação era mensurada a partir da exigência de uma postura ablativa do ente público. Em uma palavra, a igualdade era meramente “estática” (ROCHA, 1996, p. 291).

O conceito de igualdade forjado com as revoluções liberais é manifestamente insubsistente para dimensionar a relação entre indivíduos e o corpo político nos dias atuais. As injustiças econômicas e sociais patrocinadas pela neutralidade do Estado Liberal mostraram que a concepção de igualdade como a mera declaração nas leis dos direitos individuais em face do poder público não garantiria o progresso econômico da maioria da população alijada dos benefícios da expansão do mercado, bem como

era insuficiente para absorver a heterogeneidade surgida na sociedade europeia após a Revolução Industrial.

“Naquele cenário, não é de se admirar que a igualdade tenha se tornado um instrumento que beneficiava apenas uma elite econômica. Tratava-se de uma igualdade apenas formal, que fechava os olhos para a injustiça e a opressão presentes na vida social. Na sua abstração, ela permitia a circulação de bens entre os proprietários, mas não se propunha a modificar o *status quo* de profunda assimetria social existente, coexistindo, com seu silêncio, a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. É célebre o comentário do escritor francês Anatole France sobre a falácia dessa igualdade liberal-burguesa. Nas suas palavras ‘a lei, na sua majestosa igualdade, proíbe ao rico e ao pobre de furtarem pão e dormirem debaixo da ponte, e permite a ambos que se hospedem no Hotel Ritz.’ Assim, pode-se dizer que no Estado Liberal-Burguês, como na Fazenda dos Bichos de George Orwell, todos eram iguais, mas alguns eram mais iguais do que os outros” (SARMENTO, 2006, p. 143).

Era necessário que o Estado adotasse uma nova postura frente aos graves problemas sociais, atuando decisivamente para corrigir as distorções criadas pela falta de uma justa distribuição da renda e oportunidades, a qual inviabilizava, na prática, o exercício, pela maioria do povo, dos direitos legalmente previstos.

### **3. A igualdade material como pressuposto da atuação do Estado**

O insucesso da noção liberal de Estado é percebido na medida em que a abstenção da administração pública se revela insuficiente para a distribuição equitativa da riqueza e das oportunidades sociais. Com efeito, a homogeneização das relações sociais como fator legitimador do poder político e o conceito de cidadania como “status”, concedido ao indivíduo sem que dele nada se exija para conservá-lo, é complementar à ideia de igualdade formal perante a lei, que, uma vez transplantada para as arenas política e econômica, resulta apenas no direito do povo de participar da formação da vontade estatal mediante a escolha dos dirigentes do Estado e de livremente atuar no mercado em igualdade de condições de forma abstrata (LOPES, 2006, p. 25). O Estado não se preocupa com os direitos sociais, ignorando a evolução do princípio da igualdade para o aspecto inclusivo com a emergência de novos direitos.

Nota-se uma importante mudança na relação entre o Estado e o cidadão a partir da Segunda Guerra Mundial, caracterizada pela passagem da liberdade de agir, conferida abstratamente pelo ordenamento jurídico a todos indistintamente, ao direito de exigir posturas ativas do Estado (CAUPERS, 2003, p. 101). Problemas estruturais ocorridos na Europa

após aquele conflito, como desemprego generalizado, concorrência econômica transnacional, choques petrolíferos, entre outros, obrigaram o Estado, sob forte pressão do corpo social, a alargar consideravelmente seu âmbito de atuação, abarcando uma série de atividades que antes eram por ele desconhecidas.

Diante dessa nova realidade, é possível arrolar as novas funções do ente estatal: a promoção do ensino, cada vez mais generalizado e sofisticado; a adoção de serviços de saúde cada vez mais ampliativos, dispendiosos e complexos; e a previsão da seguridade social, minimizando as intempéries da vida em sociedade (CAUPERS, 2003, p. 102). Percebe-se que a natureza da atuação do Estado sofreu sensível influxo. Se antes, a qualidade da administração era medida pelo grau de distanciamento que mantinha das atividades dos particulares, agora há uma busca incessante pela intervenção do Estado a fim de barrar as violações a direitos fundamentais, provocadas pela existência de um regime econômico produtor de “concentração de riqueza e desigualdade entre as pessoas” (MELO, 2009, p. 283).

Eros Grau (2010) entende que, diante de crises estruturais, o Estado muda as suas funções para, ao final e ao cabo, manter intacto o modo de produção capitalista, sendo possível identificar quatro categorias de atividade estatal. Segundo ele:

“[para] *constituir e preservar* o modo de produção, certas premissas de existência contínua não de ser realizadas (o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários e autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da econômica nacional para competir

internacionalmente – política comercial e aduaneira, *v.g.* – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema)” (GRAU, 2010, p. 18).

Grau assevera que:

“Para *complementar* o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições de direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação. Tendo em vista a *substituição* do mercado, em reação frente a debilidade das forças motrizes econômicas, reativa a fluência do processo de acumulação, que já não resta, então, abandonado a sua própria dinâmica, criando novas situações econômicas (seja proporcionando ou melhorando possibilidades de inversão – demanda estatal de bens de uso improdutivo –, seja através da criação de novas formas de mais-valia – organização estatal do progresso técnico-científico, qualificação profissional dos trabalhadores etc.); aí a afetação do princípio da organização da sociedade, como o demonstra o surgimento de um setor público estranho ao sistema. Finalmente, *compensa* disfunções do processo de acumulação, que se manifestam no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizados, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas (aí o Estado, por um lado, assume efeitos externos da econômica privada – *v.g.*, danos ecológicos; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados – *v.g.*, mineração e econômica agrícola; de outro lado, implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformistas, tendo em vista a melhoria da situação social dos trabalhadores – os ‘gastos sociais’ e o ‘consumo social’). Estas duas últimas modalidades de atuação – *substitutiva* e *compensatória* – são típicas do capitalismo organizado” (GRAU, 2010, p. 18-19, grifo do autor).

Como consequência da mudança da concepção de Estado, o indivíduo passou a ocupar a posição jurídica de credor da atuação estatal, estando o conceito de liberdade a merecer uma nova configuração. Assim, agrega-se ao conceito original de liberdade o fato de que o cidadão livre também detém a prerrogativa de exigir prestações positivas do poder público que, por sua vez, deve lançar mão de medidas corretivas das disparidades econômicas com o intuito de promover a igualdade material. Isto é, percebeu-se que os cidadãos somente conseguem usufruir dos direitos liberais de liberdade (invulnerabilidade de ir e vir e os direitos políticos) se, conjuntamente, houver a real possibilidade de utilizar outros direitos de igual importância, tais como o direito a educação, saúde, previdência social, moradia, transporte, trabalho, entre outros, os chamados direitos econômicos e sociais, “cuja implementação importa numa relação mais igualitária entre as pessoas” (MELO 2009, p. 290), fazendo com que os “cidadãos sejam suficientemente independentes em sua existência privada e econômica” (HABERMAS, 2012, p. 16).

Nesse sentido, para Osvaldo Canela Júnior (2011, p. 51):

“[...] no Estado social, conquanto o direito à liberdade tenha permanecido íntegro, a relevância do direito à igualdade foi substancialmente acentuada, de tal sorte que o seu conceito passou a ter um sentido material, e não mais meramente formal. A garantia de igualdade no Estado social demanda, pois, atuação positiva, com a finalidade de reduzir as desigualdades socioeconômicas, mediante a distribuição equitativa de recursos.”

O novo marco teórico de Estado, portanto, incorpora em sua concepção a ideia de atividade, ou seja, as funções impostas à administração pública exigem a adoção de um conjunto de normas e atos tendentes à realização de um fim

ditado pela norma constitucional, vinculando não apenas a atividade estatal, mas também a do particular (COMPARATO, 1998). É nesse contexto que se pode falar que o Estado está autorizado a promover políticas públicas com a finalidade de atender aos objetivos fundamentais da ordem jurídica cristalizados na Constituição Federal, promovendo a igualdade substancial, e não meramente formal.

No direito brasileiro, os objetivos fundamentais do Estado nacional vêm elencados no art. 3º da Magna Carta, sendo importante destacar a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Com base na lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39), política pública, como atividade que integra a própria essência da noção hodierna de Estado, pode ser entendida como

“o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.”

Por outro lado, a efetivação concreta do princípio da igualdade requer a superação da visão meramente econômica dos direitos, predominante na teorização do Estado Social. Agora, a noção de igualdade é reforçada pela necessidade de reconhecimento dos direitos das minorias, devendo o ente público preocupar-se

com os particularismos que caracterizam os diversos grupos sociais, respeitando a identidade dessas novas categorias.<sup>4</sup>

“Só na fase final do século XX, a preocupação com o direito à diferença incorpora-se definitivamente ao discurso da igualdade. Torna-se evidente, então, que o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação aos seus concidadãos exige uma postura de profundo respeito e consideração à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente. O respeito, a preservação e a promoção das culturas dos grupos minoritários convertem-se assim numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade. [...] Neste quadro, a afirmação concreta dos direitos dos afrodescendentes no Brasil precisa transcender a isonomia meramente formal, para buscar a inclusão efetiva dos negros na sociedade, em igualdade real de condições com os brancos” (SARMENTO, 2006, p. 146-147).

É nesse cenário que entram as denominadas ações afirmativas, cujo teor pode ser definido como:

“um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. [...] Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito” (GOMES, 2001, p. 40-41).

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 289) a ação afirmativa requer uma atuação transformadora por parte do Estado, igualadora pelo e segundo o Direito, possibilitando “a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição brasileira garante como direito fundamental de todos”.

A doutrina costuma apontar três fundamentos teóricos justificadores das ações afirmativas: as justiça compensatória e distributiva, que procuram corrigir distorções sociais causadas por causa da existência de um processo histórico de exclusão cujas consequências são verificáveis até hoje; a promoção do pluralismo, que qualificaria o ambiente social com a presença de diversos segmentos com formas de expressão própria, enri-

---

<sup>4</sup>O fenômeno do surgimento de classes sociais com pretensões específicas e não raras vezes conflitantes entre si a desafiar uma atuação do Estado para promover seus interesses, característica marcante da vida pública contemporânea, é chamado por Norberto Bobbio de “sociedade centrífuga” (BOBBIO, 2011, p. 36).

quecendo as experiências humanas; e, por fim, o argumento do fortalecimento da autoestima dos indivíduos pertencentes às minorias, quebrando estereótipos negativos mediante a existência de representantes de determinado grupo ocupando posição de destaque na sociedade (GOMES, 2001, p. 42; SARMENTO, 2006, p. 156).

No entanto, a utilização do critério exclusivamente racial como pressuposto para a instituição de ações afirmativas é tema que não está imune a impasses e discussões.<sup>5</sup> O cerne do problema pode ser sintetizado na seguinte indagação: a Constituição autoriza a instituição de ações afirmativas com base no critério étnico-racial, restringindo direitos de pessoas não abrangidas pela política pública?

#### **4. O pressuposto teórico de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988: a legitimidade das ações afirmativas com base em critério étnico-racial**

Conforme se afirmou, o STF deparou-se com a análise da legitimidade da política pública de cotas raciais para ingresso no ensino superior adotada pela UnB. O DEM impetrou a ADPF 186, alegando incompatibilidade entre a política de cotas e a Constituição, dado que afrontaria, entre outros, o princípio da isonomia. O Tribunal julgou unanimemente improcedente aquela ADPF, legitimando a política de cotas raciais para acesso ao ensino superior.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Em editorial, a *Folha de S. Paulo*, periódico de maior circulação no país, posicionou-se contrariamente à cota racial adotada por algumas instituições de ensino superior. Segundo o editorial, o fundamento da correção de distorções históricas cometidas contra os negros, especialmente a escravidão, não constituiria justificativa razoável para legitimação do modelo, sendo mais apropriado o uso de critérios socioeconômicos (FOLHA DE S. PAULO, 2012).

<sup>6</sup> Acórdão não publicado até a data de submissão deste artigo.

O primeiro fundamento utilizado pelo Supremo para justificar a validade do método racial foi análise da abrangência do princípio da igualdade estampado no *caput* do art. 5º da Carta Magna. Segundo o STF, o constituinte de 1988 estabeleceu precedência da igualdade material sobre a formal (BADIN; PROL, 2012, p. 140), permitindo ao Estado intervir para corrigir as distorções oriundas de aspectos históricos que desembocaram em diferenças de índole econômica, social e cultural entre os grupos sociais. Nas palavras do relator:

“À toda evidência, não se ateuve ele [o constituinte de 1988], simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue [...], além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais.

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares” (BRASIL, 2012a, p. 4-5).

Assim, o modelo de justiça social a que está vinculado constitucionalmente o Estado brasileiro é incompatível com uma organização estatal descompromissada com a qualidade das relações sociais, como se a igualdade perante a lei fosse suficiente para a promoção de uma sociedade plenamente justa. A aplicação do princípio da igualdade material requer a adoção

de políticas de reconhecimento social como corolário da noção de justiça social. Não basta apenas uma política distributiva igualitária de bens e encargos sociais, mas o reconhecimento de determinados grupos como parceiros na interação social (FRASER, 2007, p. 107).

“No que interessa ao presente debate, a aplicação do princípio da igualdade, sob a ótica da justiça distributiva, considera a posição relativa dos grupos sociais entre si. Mas, convém registrar, ao levar em conta a inelutável realidade da estratificação social, não se restringe a focar a categoria dos brancos, negros e pardos. Ela consiste em uma técnica de distribuição de justiça, que, em última análise, objetiva promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade” (BRASIL, 2012a, p. 8).

O STF afastou categoricamente a tese “mercado-cêntrica” (KERSTENETZKY, 2006, p. 566) de distribuição dos benefícios sociais (no caso específico, o acesso ao ensino público universitário), aparentemente pressuposta no raciocínio desenvolvido pelo autor da ADPF 186. Com efeito, segundo essa visão, a reserva de vagas para estudantes negros nas universidades públicas seria inconstitucional na medida em que o mérito individual seria violado, por serem os negros beneficiados com a atribuição de pontuação extra no exame vestibular, o que desrespeitaria as regras da livre disputa pelas vagas universitárias. O posicionamento do Tribunal a favor de uma intervenção pública mais forte sobre os resultados gerados por essa disputa “livre” vem esboçado em duas elucidativas passagens:

“Não raro a discussão que aqui se trava é reduzida à defesa de critérios objetivos de seleção – pretensamente isonômicos e imparciais –, desprezando-se completamente as distorções que eles podem acarretar quanto aplicados sem os necessários temperamentos.

De fato, critérios ditos objetivos de seleção, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, como é a nossa, acabam por consolidar ou, até mesmo, acirrar as distorções existentes.

Os principais espaços de poder político e social mantêm-se, então, inacessíveis aos grupos marginalizados, ensejando a reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente. Essa situação afigura-se ainda mais grave quanto tal concentração de privilégios afeta a distribuição de recursos públicos” (BRASIL, 2012a, p. 15).

Mais adiante, arremata:

“Nesse sentido, as aptidões dos candidatos devem ser aferidas de maneira a conjugar-se seu conhecimento técnico e sua criatividade intelectual ou artística com a capacidade potencial que ostentam para intervir nos

problemas sociais. [...] Ademais, essa metodologia parte da premissa de que o princípio da igualdade não pode ser aplicado abstratamente, pois procede a escolhas voltadas à concretização da justiça social. Em outras palavras, cuida-se, em especial no âmbito das universidades estatais, de utilizar critérios de seleção que considerem uma distribuição mais equitativa dos recursos públicos” (BRASIL, 2012a, p. 17-18).

A Corte procurou assentar que o critério racial, porque criado artificialmente e embasado em relações sociais de cunho histórico-cultural de dominação de uma classe sobre a outra, não pode servir como mecanismo impeditivo de integração social de seus membros, restringindo as chances dos indivíduos do grupo étnico à igualdade de condições na distribuição dos bens e vantagens sociais. Como consequência, a política afirmativa de reserva de vagas para acesso ao ensino superior traz dois importantes resultados: primeiro, atua de forma a compensar a constante discriminação contra os negros, muitas vezes praticada de maneira velada; e, segundo, promove a estima social e cria lideranças que servem como paradigmas de ascensão social.

Nesse contexto, é possível aduzir que a Corte aproximou-se da teoria da “paridade de participação” desenvolvida por Nancy Fraser. Segundo a autora, “a justiça social requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como parceiros” (FRASER, 2007, p. 118). Para que tal paridade participativa seja possível e uma política afirmativa seja considerada exitosa, é necessário satisfazer pelo menos dois requisitos cumulativos: a chamada condição objetiva, em que a distribuição de recursos materiais (riqueza, renda e tempo livre) deve ocorrer de tal forma que traga real independência e voz aos participantes; e a condição subjetiva, na qual os padrões institucionalizados de valoração cultural permitam igualdade de oportunidade para a obtenção de estima social e ascensão econômica (FRASER, 2007, p. 119).

Essa abordagem tem o mérito de justificar moralmente somente certos tipos de reivindicações que, de fato, promovam a paridade participativa. Além disso, a natureza das políticas de reconhecimento depende, basicamente, dos obstáculos encontrados em relação à mesma paridade de participação. Assim, para que determinada política pública de reconhecimento seja considerada legítima, como no caso de acesso à universidade, deve-se verificar a existência de bloqueios institucionais que impedem a efetiva participação dos reivindicantes em igualdade de condições com os outros, bem como os beneficiados têm de demonstrar que a mudança social que almejam trará, realmente, a paridade de participação.

O Tribunal, outrossim, não olvidou o caráter transitório que toda política afirmativa de reconhecimento deve possuir. Com efeito, consi-

derando que o elemento justificador de uma política pública é o quadro real de desigualdade que confere substrato à ação estatal, a partir do momento em que tal circunstância se modificar, a política perde significado e deve ser revista. Em atenção a isso, a Corte definiu o prazo de dez anos de vigência da política de reserva de vagas em universidades públicas para negros, ao término do qual, obrigatoriamente, os resultados deverão ser mensurados e, a depender da realidade vigente, a ação estatal poderá ser revista para sofrer atualização ou mesmo ser cancelada.

## 5. Conclusão

O julgamento da ADPF 186/DF levou o Supremo Tribunal Federal a enfrentar o debate de teses extremamente polêmicas e que, mesmo após o resultado final, ainda causam certo incômodo em parcela da opinião pública.

A Corte Constitucional, por unanimidade, validou a política afirmativa de reserva de vagas para negros em universidades estatais entendendo serem razoáveis seus fundamentos e desmistificando, em certo sentido, uma opinião corrente a respeito da desnecessidade desse tipo de ação governamental, uma vez que inexistiria racismo no Brasil por conta do caráter miscigenado de nossa sociedade, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América.

Segundo o Supremo Tribunal, diante de um processo histórico de distorções e injustiças praticadas contra a população negra, o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado de forma a dotar o Estado de instrumentos eficazes de transformação da realidade brasileira, com vistas à promoção da igualdade material, assegurando a todos os membros dos grupos discriminados efetivas oportunidades de participação em igualdades de condições na integração social.

Para atingir esse propósito, a adoção da política pública de reserva de vagas em universidades com base em critérios étnico-raciais justifica-se na medida em que serve como elemento compensatório de um longo processo de discriminação, além de desenvolver a estima social, com o surgimento de lideranças que sirvam como paradigmas de ascensão social para os demais integrantes do grupo.

Por fim, o Tribunal não descuidou de incluir uma cláusula transitória na decisão no sentido de que os resultados da política pública deverão analisados e, caso o quadro de desigualdade vigente ao tempo do início do processo não mais persista, a prática poderá ser revista e, se for o caso, cancelada ou substituída.

## Referências

BADIN, Luiz Armando; PROL, Flávio Marques. O princípio da igualdade na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Advogado – AASP*, São Paulo, ano XXXII, n. 17, p. 135-143, out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. *Conjur*, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BARROZO, Paulo Daflon. A idéia de igualdade e as ações afirmativas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 63, p. 103-141, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BOTTINO, Thiago. Cotas raciais são uma solução temporária. *Conjur*, São Paulo, 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/thiago-bottinocotas-raciais-solucao-temporaria>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto na arguição de descumprimento de preceito fundamental 186/DF. *Notícias STF*, Brasília, 25 abr. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205890>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Acervo processual. *Estatísticas do STF*, Brasília, 2012b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: \_\_\_\_\_. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAUPERS, João. O Estado do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 11, n. 42, p. 97-104, jan/mar. 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, out./dez. 1988.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, p. 100-122, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. *Cotas à paulista*. Caderno Opinião, p. A2, 28 nov. 2012.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. São Paulo: Unesp, 2012.

Haidar, Rodrigo; COUTINHO, Filipe. DEM entra com ADPF contra cotas raciais. *Conjur*, São Paulo, 20 jul. 2009.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. Políticas sociais: focalização ou universalização? *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 26, n. 4, p. 564-574, out./dez. 2006.

LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES et al. (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELO, Claudineu de. O valor supremo da dignidade humana. In: BENEVIDES, Maria Vitória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. Ação afirmativa: uma jurisprudência em evolução. *Conjur*, São Paulo, 13 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-13/observatorio-constitucional-licoes-eua-aco-es-afirmativas>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SMANIO, Gianpaolo. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

# O povo como guardião da Constituição

Estudo sobre a legitimidade do controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional brasileira

FAUSTO SIQUEIRA GAIA

## Sumário

1. Introdução. 2. O poder do povo: o poder constituinte permanente. 3. Os princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia participativa. 4. O controle preventivo de constitucionalidade e instrumentos de legitimação. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

A organização do Estado liberal moderno foi marcada pelo fenômeno do constitucionalismo, assentado essencialmente no modelo de Constituição escrita e rígida, no sistema de separação de poderes (considerados harmônicos entre si), e na limitação do poder estatal (FIORAVANTI, 2011, p. 85) diante da supremacia dos direitos fundamentais positivados.

O modelo constitucional oriundo das revoluções liberais do século XVIII sacramentou a ideia de uma lei fundamental como instrumento de limitação do poder, não obstante o embrião desse sistema limitativo do poder remontar à Magna Carta de 1215, conforme aponta Maurizio Fioravanti (2011, p. 47).

O titular do poder soberano do Antigo Regime, antes legitimado pela figura de Deus, e, assim, detentor de poderes soberanos e ilimitados, passa, ainda com representante diverso, no primeiro momento do constitucionalismo pós-revoluções liberais ocorridas na França e nos Estados Unidos da América, a ter o seu exercício limitado por um conjunto de

Fausto Siqueira Gaia é mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Ex-Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

normas de maior envergadura hierárquica, de forma a assegurar os direitos de liberdade da ascendente classe burguesa.

O poder de autoconstituição pertence ao povo, representado por Biscaretti di Ruffia (1984, p. 37) como a congregação de pessoas com o sentimento de pertença a um determinado Estado nacional. A organização do Estado objetiva a realização do bem comum, tendo a Constituição papel fundamental nessa tarefa, seja como limitador de abusos de governantes, seja para proteger o próprio povo de suas paixões e de maiorias momentâneas.

Para tanto, o modelo de controle de constitucionalidade, decorrente do sistema de *checks and balances*, tanto o difuso quanto o concentrado, é um dos mecanismos constantes das Constituições hodiernas, dentre outros instrumentos, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos contra eventuais lesões constitucionais. O sistema de controle de constitucionalidade, conforme assinala Nelson de Sousa Sampaio (1954, p. 73), representa verdadeira garantia da rigidez da Constituição.

A ausência de limites ao Poder Legislativo à alteração constitucional revela, nas lições de Sampaio (1954, p. 73), que “as limitações estabelecidas pelo constituinte para o legislador ordinário não passariam de meras recomendações que poderiam ser transgredidas impunemente”.

Diretamente relacionado com o sistema de controle de constitucionalidade, o constituinte originário no Brasil elegeu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

O presente estudo tem por escopo analisar a existência de limites para o controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob o viés da legitimidade, tendo em consideração as cláusulas pétreas da separação dos poderes e da democracia participativa.

Assim, é necessária a análise da legitimidade e dos limites das decisões tomadas no âmbito do controle preventivo de constitucionalidade pela Suprema Corte Brasileira em projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, a exemplo da recente decisão monocrática proferida em face de mandado de segurança preventivo contra ato de tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012, que cria obstáculos para a criação de novos partidos políticos, considerando que o poder constituinte pertence ao povo, segundo as conclusões das teorias jusnaturalistas, decisionistas de Carré de Malberg e Georges Burdeau (SANTOS, 1980, p. 32, 43, 63, 68), ainda que cada qual apresente sustentáculos teóricos próprios.

Num primeiro momento, será analisada a evolução da organização do Estado, passando pela definição de quem deve ser o titular da guarda da Constituição, tendo como premissa que o poder constituinte legítimo pertence ao povo, conforme assenta Dalmo de Abreu Dallari (1984, p. 33).

Posteriormente, serão analisadas as influências dos axiomas primários da separação dos poderes e da democracia participativa no processo preventivo de salvaguarda constitucional, à luz da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, de modo a inquirir a existência de limites e a legitimação das decisões judiciais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle preventivo de constitucionalidade.

## **2. O poder do povo: o poder constituinte permanente**

A história do constitucionalismo remonta ao próprio surgimento do Estado Nacional moderno, não obstante a ideia de Constituição, como mecanismo disciplinador das funções dos governantes, já ser apontada por Fioravanti (2011, p. 55) desde a antiguidade clássica. O

modelo fragmentário da organização social da Idade Média impedia o incremento das relações comerciais, o que, por consequência, limitava o desenvolvimento da burguesia comercial emergente.

A organização do Estado, num primeiro momento histórico, foi marcada pela centralização do poder nas mãos do rei, que detinha o poder soberano absoluto legitimado na figura de Deus. As revoluções liberais, que marcaram a história no século XVIII, revelaram uma mudança do paradigma constitucional, dada a ascensão da burguesia comercial e a estruturação estatal.

O elemento humano constituinte do Estado, o povo, assumiu nas revoluções liberais o papel nas frentes de batalha para a derrubada do regime absolutista, já que a classe burguesa, por si só, não seria capaz de alcançar seu intento, em virtude do reduzido número de seus integrantes frente aos exércitos e poderio bélico do rei.

Nesse novo modelo de organização do poder do Estado, foi necessária a utilização da figura do povo para derrubada do titular do poder e, posteriormente, como mecanismo de legitimação do governo recém instaurado. Nesse sentido, encontra eco a célebre frase “governo do povo, pelo povo, para o povo”, proferida por Abraham Lincoln no Discurso de Gettysburg.

Não obstante existirem vozes que sustentam que o povo foi utilizado de forma desvirtuada, como massa de manobra (MÜLLER, 2004, p. 22), nas revoluções liberais que promoveram ruptura do paradigma político absolutista, ou mesmo se se entender, consoante Ferdinand Lassalle (2010, p. 42) que a Constituição como produto do poder constituinte representa a soma dos reais fatores de poder de uma sociedade, não se pode olvidar que o povo, desde o primeiro momento do constitucionalismo moderno, é o titular do poder constituinte e que esse poder se manifesta de forma permanente mesmo após a elaboração da Carta Magna.

Embora seja hoje centralizado no elemento subjetivo constitutivo do Estado, o povo entendido por José Joaquim Gomes Canotilho (2011, p. 66) como “uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes” – o poder constituinte sofreu diversas variações ao longo da história do constitucionalismo.

Na França revolucionária, ele estava assentado na figura da nação, conforme se depreende da Constituição Francesa de 1791, em seu título terceiro, em que todo o poder dela emana. A nação, para Sieyès (1997, p. 56), é definida como “um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura”, cujo poder de autoconstituição e de auto-organização (SANTOS, 1980, p. 21) se dá de forma absoluta e soberana, inaugurando uma nova ordem jurídica.

No modelo constitucional brasileiro, as mulheres somente passaram a ter voz ativa na década de 30 do século passado, estando antes de tal marco temporal segregadas da participação política e, conseqüentemente, da participação na elaboração da Constituição.

Mesmo com a inclusão das mulheres no processo político brasileiro após 1932, a ideia de povo constituinte participativo em nenhum momento foi plural e democrática, já que estão excluídos desse processo aqueles que não detêm cidadania, bem como aqueles que, embora sejam juridicamente cidadãos, não encontram assegurados os direitos de voz e voto nos grêmios representativos.

No intento de resguardar os direitos das minorias sem representação ou apenas formalmente representadas contra as maiorias eventuais, o constituinte originário de 1988, seguindo o modelo de Hans Kelsen (2013, p. 238 *et seq.*), atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guardião formal da Constituição, sem prejuízo da possibilidade de os órgãos judicantes de grau inferior realizarem o controle incidental de constitucionalidade, quando do julgamento dos casos em concreto apresentados.

E essa atribuição de guardião formal da Constituição ao órgão judicante ocorreu em razão de ser o Judiciário um poder equidistante, livre das tensões entre os Poderes Legislativo e Executivo e que, segundo Kelsen (2013), “tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados”, ao contrário do que sustenta Carl Schmitt (2007, p. 193 *et seq.*), para quem o chefe do Poder Executivo seria o idôneo guardião da lei maior do Estado, por ser detentor do poder neutral.

O poder constituinte não se exaure em um único momento histórico, mas realiza-se diuturnamente após a elaboração da Constituição e mantém-se latente. A participação popular nas eleições convocadas, o cumprimento espontâneo dos princípios e das normas por ela emanados, o não-exercício do direito à resistência revelam a eficácia das normas jurídicas extraídas do texto constitucional.

Além da participação política ativa e passiva popular no processo representativo, a aceitação e o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte brasileira revelam, em uma primeira análise, a permanência latente do poder constituinte, já que, à luz do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República, todo poder emana do povo.

Sendo o Poder Judiciário um dos poderes da União, cujos membros não são eleitos pelo povo, sua legitimação dá-se apenas sob o viés formal, já que, com exceção da participação dos *amici curiae* no procedimento de controle abstrato de constitucionalidade, não há participação popular no processo decisivo do Supremo Tribunal Federal. Portanto, ainda que a Suprema Corte brasileira tenha sido escolhida pelo constituinte originário como guardião formal da Constituição, como emana do povo, esse Poder

deve ser considerado o guardião sob o aspecto material da lei maior.

Nesse sentido, a legitimidade do controle de constitucionalidade preventivo realizado pelo Supremo Tribunal Federal deve-se considerar que os projetos de lei em tramitação nas casas legislativas têm, em princípio, legitimação popular, já que os atores envolvidos na atividade legiferante são eleitos pelo povo e, portanto, revelam caráter representativo democrático. Negar a soberania popular representa a negação da própria democracia.

A seguir, serão analisados os fundamentos axiológicos envolvidos diretamente no controle preventivo de constitucionalidade, visto que o poder constituinte é permanente e tem como titular o povo.

### **3. Os princípios constitucionais da separação dos poderes e da democracia participativa**

A Constituição da República de 1988, em seu Preâmbulo, faz menção ao pluralismo como atributo da sociedade brasileira. Mais à frente, o constituinte originário, por meio do parágrafo único do art. 1º, promove a renovação da ideia de que o poder emana do povo e que este pode ser exercido de forma direta ou indireta, mediante representantes eleitos.

Como já disse, a opção do legislador pelo Estado pluralista, que assegura a participação popular, representa a manifestação da democracia tomada na finalidade coletivista proposta por Luís Fernando Barzotto (2005, p. 33), pois não há que se falar em sua existência sem garantir a soberania da população na tomada das decisões fundamentais.

Seguindo a trilha democrática eleita pelo constituinte, como garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais e do Estado Democrático de Direito, dentre outros prin-

cípios constitucionais, assegurou-se o axioma da separação dos poderes harmônicos entre si, cada um dos quais com competências e atribuições devidamente delimitadas no texto de maior dimensão hierárquico-normativa.

O princípio da separação dos poderes passou por diversas configurações, desde a sua elaboração pelo Barão de Montesquieu (2010, p. 187-195), embora haja vozes entre os teóricos constitucionalistas que consideram tal criação um mito, conforme lições de Canotilho (2011, p. 115):

“Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do *direito de veto*; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa.”

Ainda que haja essa vertente que afasta a célebre obra de Montesquieu como cerne do princípio da separação dos poderes, não se pode deixar de considerar a sua efetiva contribuição no desenvolvimento do constitucionalismo moderno, visto que se trata de obra que sistematizou de forma originária os poderes do Estado, atribuindo-os a um membro ou grupo de pessoas específicas.

As funções executivo-administrativas, legiferantes e de aplicação das leis aos casos concretos e abstratos postos a julgamento – neste último caso inserem-se os processos envolvendo o controle concentrado de constitucionalidade – são atribuídas a Poderes harmônicos entre si. Esse sistema de divisão de poderes objetiva, sobretudo, que não haja a concentração do

poder político, e, conseqüentemente, sob o viés garantidor, impedir que o abuso do poder sobressaia em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, como assinala Nuno Piçarra (1989, p. 13).

Não obstante a delimitação das competências e atribuições dos Poderes da República, o atual sistema constitucional, de forma a alcançar o equilíbrio entre eles, previu no próprio texto constitucional determinadas situações em que os Poderes possam, excepcionalmente, se imiscuir no campo de atribuições originalmente previstas, para servir como mecanismos de freios e contrapesos e, assim, evitar a supervalorização de um poder em face aos demais.

Nesse sentido, há a possibilidade do exercício do direito de veto pelo Presidente da República aos projetos de lei de elaboração do Poder Legislativo, a escolha dos membros dos tribunais superiores pelo chefe do Executivo (após sabatina no Senado Federal), a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos elaborados pelos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário<sup>1</sup>. Todos são exemplos de como o sistema de *checks and balances*<sup>2</sup> se manifesta no sistema constitucional brasileiro.

Tal princípio não deve ser analisado de forma isolada, sem se considerarem os demais princípios e as regras constantes do texto normativo constitucional, ainda mais se se considerarem os princípios da supremacia e da unidade da Constituição que devem nortear a atividade

<sup>1</sup> Nuno Piçarra (1989, p. 259) aponta que “o sistema de controles jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo”.

<sup>2</sup> A teoria dos *checks and balances* refere-se a uma evolução, inicialmente no modelo norte-americano, do princípio da separação dos poderes que, segundo Nuno Piçarra (1989, p. 18), se associou à doutrina da constituição mista, entendida, segundo o mesmo autor à página 20, como “distribuição do poder político pelas várias partes constitutivas da sociedade”.

hermenêutica do operador do Direito. Além do vetor principiológico da supremacia constitucional, assinala Pedro de Vega (1985, p. 15) que o Estado também se fundamenta em outro pilar, qual seja o princípio político democrático.

Nesse aspecto, para os fins a que objetivamos no presente estudo, não se pode olvidar o princípio da democracia participativa, decorrente da soberania popular e da dignidade da pessoa humana, elevadas pelo constituinte de 1988 à categoria de fundamentos da República, em seu artigo 1º, incisos I e III, consoante apontamentos de Paulo Bonavides (2008, p. 28):

“(…) portanto, a justiça incorporadora de todas as gerações de direitos fundamentais; da primeira à segunda, da segunda à terceira e desta à quarta, passando pelos direitos civis e políticos, pelos direitos sociais, pelo direito dos povos ao desenvolvimento, até alcançar, com a democracia participativa, onde têm sede os direitos de quarta geração – sobretudo o direito à democracia – um paradigma de juridicidade compendiado na dignidade da pessoa humana.”

O princípio da democracia participativa deve ser analisado sob duplo aspecto. O primeiro viés, que não nos interessa diretamente no presente estudo, diz respeito à participação popular, por meio dos instrumentos elencados no art. 14 da Constituição Cidadã, como expressão do exercício da soberania, como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular. O princípio democrático também se revela por meio da garantia da participação efetiva da população no processo de tomadas de decisões fundamentais do Estado, colaboração ativa que deve ser franqueada nos três Poderes, já que o poder soberano pertence ao povo. É o chamado exercício democrático do poder.

David Held (2012, p. 339), ao tratar da democracia deliberativa, pondera que os problemas complexos da sociedade podem ser

resolvidos por meio do compartilhamento do conhecimento. Discorre o professor de Ciências Políticas da London School of Economics and Political Science que “ao compartilhar informações e conhecimento, a deliberação pública pode mudar as ideias das pessoas e melhorar sua forma de entender os problemas complexos”<sup>3</sup>.

A participação popular, embora visível nos poderes Executivo e Legislativo, também é observada no Poder Judiciário, embora com menor frequência, principalmente em razão do processo de recrutamento dos seus membros que, diferentemente dos demais poderes, não são eleitos pelo povo, mas sim escolhidos no primeiro grau de jurisdição pelo critério da meritocracia, após a prévia submissão a concurso público de provas e títulos.

O exercício democrático do poder, junto ao Poder Judiciário, manifesta-se por meio de instrumentos, como, por exemplo, o *amicus curiae*, dentro do controle repressivo abstrato de constitucionalidade, em que se permite a manifestação de órgãos e entidades quando a matéria discutida tiver relevância e houver representatividade dos postulantes.

Todavia, a participação democrática no exercício do poder judicante ainda é incipiente e, mesmo nos casos em que é expressamente prevista, como é a situação do *amicus curiae* positivado no artigo 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999, é feita de forma restrita, em virtude de inúmeros condicionantes impostos pela própria lei e pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Tradução livre do autor no trecho da obra citada na nota de rodapé número 2. David Held (2012), na obra traduzida por María Hernández para o espanhol, afirma que “*En primer lugar, al compartir información y conocimientos, la deliberación pública puede cambiar las ideas de las personas y mejorar su forma de entender los problemas complejos*”.

<sup>4</sup> A possibilidade de intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento. Ao firmar essa orientação, o Tribunal, por maioria, desproveu agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB contra o art. 56 da Lei 9.430/96, o qual determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91. Preliminarmente, o Tribunal, também por maioria, rejeitou o pedido de intervenção dos *amici curiae*, porque apresentado após a liberação do processo para a pauta de julgamento. Considerou-se que o relator, ao encaminhar o processo para a pauta, já teria firmado sua convicção, razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão. Além disso, entendeu-se que permitir a intervenção de terceiros, que já é excepcional, às vésperas do julgamento poderia causar problemas relativamente à quantidade de intervenções, bem como à capacidade de absorver argumentos apresentados e desconhecidos pelo relator. Por fim, ressaltou-se que a regra processual teria de ter uma limitação, sob pena de se transformar o *amicus curiae* em regente do processo. Vencidos, na preliminar, os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, Presidente, que admitiam a intervenção, no estado em que se encontra o processo, inclusive para o efeito de sustentação oral. Ao registrar que, a partir do julgamento da ADI 2777 QO/SP (j. em 27.11.2003), o Tribunal passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae* – editando norma regimental para regulamentar a matéria –, salientavam que essa intervenção, sob uma perspectiva pluralística, conferiria legitimidade às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional.

A interpretação sistemática da Lei Maior impõe-se como medida do princípio da unidade da Constituição.

Desse modo, o intérprete não pode olvidar que, positivado o princípio da soberania popular, do qual decorre o princípio da democracia participativa, optou o constituinte originário pela participação efetiva do povo na vida política do País, inclusive no âmbito dos três Poderes, independentes e harmônicos entre si, já que o poder advém desses componentes subjetivos constitutivos do Estado.

#### **4. O controle preventivo de constitucionalidade e instrumentos de legitimação**

Os atributos da rigidez e da força normativa (HESSE, 1991, p. 16) são essenciais no modelo constitucional, que adota o sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, considerando o fato de que as normas de hierarquia inferior retiram seus fundamentos de validade das normas definidas no texto constitucional.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de influência essencialmente norte-americana e austríaca, adotou o sistema misto de aferição de validade constitucional, outorgando tanto aos juízes singulares e de tribunais, quanto à Corte Constitucional a tarefa de realizar a filtragem de validade da norma. Conjugaram-se, então, no sistema constitucional brasileiro os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Diante do caso concreto posto, deverá o magistrado, em face da inconstitucionalidade da norma incidente no caso em julgamento, afastar a sua aplicação se houver vício de validade constitucional. O julgamento *incidenter tantum* da validade constitucional da norma ou ato normativo, embora afastada a possibilidade de formação da coisa julgada, terá o

---

Observavam, entretanto, que seria necessário racionalizar o procedimento, haja vista que o concurso de muitos *amici curiae* implicaria a fragmentação do tempo disponível, com a brevidade das sustentações orais. Ressaltavam, ainda, que, tendo em vista o caráter aberto da causa petendi, a intervenção do *amicus curiae*, muitas vezes, mesmo já incluído o feito em pauta, poderia invocar novos fundamentos, mas isso não impediria que o relator, julgando necessário, retirasse o feito da pauta para apreciá-los. No mais, manteve-se a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377457/PR (DJE de 19.12.2008) e do RE 381964/MG (DJE de 26.9.2008). Vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciam os precedentes. ADI 4071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009. (ADI-4071)” (BRASIL, 2009).

condão de reconhecer, em grau de prejudicialidade, a não incidência da norma declarada inconstitucional ao caso em concreto. É a essência do controle difuso de constitucionalidade.

Associado ao sistema difuso de controle e sob influência do modelo austríaco, optou também o constituinte pelo controle concentrado de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional, onde a norma ou ato normativo, desvinculados do caso em concreto, podem ser abstratamente analisados quanto ao requisito de validade constitucional. A análise da norma em abstrato gerará, ao contrário do sistema difuso, a formação de coisa julgada material que terá efeitos *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos judicantes.

O objeto do nosso estudo cinge-se ao controle concentrado de constitucionalidade, limitado ao controle preventivo de constitucionalidade, ou seja, o controle de validez da norma antes do seu aperfeiçoamento realizado pela Corte Constitucional, especialmente quanto ao aspecto da legitimidade da realização do controle.

Embora se assemelhe ao controle francês de constitucionalidade, o controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileira somente se parece com o paradigma europeu quanto ao momento de realização, já que em ambos o controle é realizado antes da entrada em vigor da norma ou ato normativo.

Diferem um do outro, entre outras características, pelo fato de o controle francês ser essencialmente político, dado que realizado pelo Conselho Constitucional, nos termos da Constituição de 1958 (CAPPELLETTI, 1984, p. 27), ao passo que o brasileiro pode ser político, como é o caso do veto ao projeto de lei que contenha norma inconstitucional, realizado pelo Presidente da República, nos termos do artigo 66, § 1º, da Constituição Cidadã, ou judicial, quando realizado pela Suprema Corte em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar no qual se questione a afronta da norma em elaboração a dispositivo constitucional ou no caso de inobservância do rito procedimental de tramitação do projeto de lei.

Ainda que o controle concentrado de constitucionalidade se dê, em regra, de forma repressiva, ou seja, após a entrada em vigor do ato normativo ou lei, o sistema preventivo de constitucionalidade tem-se apresentado cada vez mais rotineiro, o que traz a discussão acerca da legitimidade do controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A legitimidade das decisões judiciais proferidas em sede de controle preventivo de constitucionalidade deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais da democracia participativa decorrente da soberania popular e da separação dos poderes. Nesse aspecto hermenêutico, a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas reapresenta grande contribuição diante das inquietudes do operador do Direito, especialmente quando é

questionada a legitimação das decisões judiciais proferidas por órgãos cujos representantes não foram eleitos pelo povo, considerado neste estudo como o guardião material da Constituição.

Habermas (1989, p. 86) aponta que a validade da norma é decorrente do processo comunicacional, inspirado no princípio da universalização (princípio U) de cunho argumentativo. Tal princípio assim é tratado:

“Toda norma válida deve satisfazer à condição [de] que as consequências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem, para a satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os concernidos (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)” (HABERMAS, 1989, p. 86).

Portanto, para que haja a validade deontica, é mister que ela seja produto da manifestação e da aceitação de todos os envolvidos; ou seja, deve haver a efetiva participação popular na elaboração das normas, como fruto dos princípios da soberania popular e da democracia participativa. Nesse aspecto, muito contribui a filosofia habermasiana, já que o espaço natural de discussão acerca da elaboração da norma é o Parlamento, composto por representantes eleitos pelo povo, como fruto da manifestação da soberania popular.

A validade da norma não prescinde da ampla discussão nos grêmios representativos da cidadania, onde os projetos de lei devem ser postos a votação após passarem por extenso processo de discussão entre os representantes do povo, sem falar na possibilidade de o *locus* permitir que os cidadãos participem ativamente por meio de contribuições na elaboração da norma. A manifestação dos representantes do povo confere legitimidade ao produto das deliberações legislativas, já que permite a todos,

inclusive às minorias representadas, discutir, em um ambiente de universalidade, as propostas envolvendo a confecção das normas de convívio social.

Nesse mesmo sentido, teoriza Habermas (1989, p. 9), quando da elaboração do princípio do discurso ou discursivo “D” (*Diskursgrundsatz*), em sua teoria do agir comunicativo:

“De acordo com a ética do Discurso, uma norma só pode pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma.”

O povo, como já se afirmou, é o guardião material da Constituição, já que todo o poder dele emana. Dessa forma, a possibilidade de o processo comunicacional gerar consensos confere legitimidade à norma resultante da participação de todos. O Parlamento é o espaço constitucional de discussão de projetos de lei, que, em caso de consenso ou maioria, regularão a vida em sociedade, agora sob a forma de leis em sentido amplo.

Pondera Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 9) que a revolução do Direito e da Justiça pressupõe uma democracia que contemple a “democratização do Estado e da sociedade”. Assim, a interrupção prematura do projeto de lei por meio do controle preventivo de constitucionalidade, ainda em fase de discussão nas casas do povo, deve ser feita com cautela, se se considerar que os membros da Suprema Corte brasileira são recrutados não pela via eletiva popular, possuindo mera legitimidade formal. Nesse mesmo sentido, aponta Nuno Piçarra (1989, p. 262) que o Poder Judiciário não detém a mesma legitimidade democrática que a do Parlamento.

A possibilidade de discussão plena dos projetos de lei no Parlamento – a exemplo do PL nº 4.470/2012, que cria restrições à criação

de novos partidos políticos no Brasil –, confere legitimidade material ao produto do processo legislativo, que pode ser, inclusive, a deliberação pelo arquivamento do projeto se se entender que há violação à cláusula pétrea ou a outro dispositivo constitucional.

Ainda que o projeto de lei em fase de discussão e de deliberação passe pelo crivo do controle de constitucionalidade realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e venha, após o trâmite legislativo, a ser aprovado e, conseqüentemente, ser criada a lei disciplinadora da vida em sociedade, nada impedirá que o Supremo Tribunal Federal, após provocação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, promova a verificação da validade constitucional da norma criada pelo Parlamento, agora diante do controle repressivo de constitucionalidade.

Inclusive, frise-se que poderá o relator conceder medida liminar, *ad referendum* do plenário, de modo a suspender no todo ou em parte o texto da norma criada e proteger, assim, as minorias contra as maiorias eventuais representadas nas Casas Legislativas.

Defende-se, pois, que o controle preventivo de constitucionalidade se deve operar de forma excepcional, sob pena de frustrar a possibilidade de discussão e elaboração dos representantes do povo, verdadeiro titular do poder do Estado e guardião material da Constituição, sem falar na possibilidade de violação da cláusula pétrea da separação dos poderes.

Somente se justifica a intervenção judicial no controle preventivo de constitucionalidade quando se reconhecer a violação de direito de parlamentar de participar das discussões envolvendo a tramitação do projeto de lei, ou mesmo quando o procedimento legislativo não for observado pelas Casas do Parlamento, pois assim se estaria, em última análise – ao arpejo da filosofia habermasiana –, impedindo a par-

ticipação da universalidade dos envolvidos e, conseqüentemente, a possibilidade de formação de consensos, necessários à validade da norma criada.

## 5. Conclusão

O sistema de controle de constitucionalidade das leis é um dos instrumentos postos pela Carta de 1988 para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o que representa a possibilidade de proteção das minorias contra as maiorias eventuais detentoras do poder.

No rol de princípios fundamentais do Estado brasileiro está o da soberania popular, donde decorre o princípio da democracia participativa, e o da separação dos poderes, independentes e harmônicos entre si. A garantia da independência entre os poderes, que pertencem ao povo, é mecanismo de salvaguarda da própria democracia.

A possibilidade de intervenção de um poder no outro, como é o caso do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em face de projetos de lei em tramitação no Parlamento, deve ser vista de forma excepcional, sob pena de permitir a um órgão sem legitimação popular pela via eletiva imiscuir-se no processo de discussão travado nas Casas do Parlamento, local constitucionalmente idôneo para a elaboração das regras de convívio em sociedade. A possibilidade de discussão da norma assegura, ainda que em uma análise perfunctória, a possibilidade de gerar consensos entre os envolvidos, conferindo, *a priori*, legitimidade ao produto da deliberação.

Permitir a interrupção da tramitação de projeto de lei, ainda em fase de discussão por aqueles eleitos pelo povo, implicará certamente o cerceamento da manifestação da soberania popular, quando essa cessação se der motivada pelo conteúdo em discussão.

Portanto, a interferência preventiva do Poder Judiciário deve-se dar em situações excepcionais, sob pena de pôr em risco a manifestação da soberania popular, por meio da democracia participativa.

## Referências

- BARZOTTO, Luís Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF n. 543*. Brasília: STF, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. 3. ed. Madrid: Alianza, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

SAMPAIO, Néelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *Poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. Tradução de Norma Azeredo. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problematica del poder constituyente*. Madrid: Tecnos S.A., 1985.



# Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade

Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

## Sumário

1. Introdução. 2. O Judiciário boca da lei, guardião de promessas e superego da sociedade órfã. 3. O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade brasileira. 3.1. O caso do benefício assistencial. 3.2. O caso das uniões homoafetivas. 3.3. O caso do aborto de anencéfalos. 3.4. O caso do FPE. 3.5. A supremacia da jurisdição constitucional no Brasil. 4. Limites e possibilidades da judicialização da política no Brasil. 4.1. A autocontenção. 4.2. A inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos. 4.3. Os diálogos institucionais. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

A função do Judiciário como instituição democrática tem passado por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do século XX.

Embora esse Poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, ele se desenvolveu, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e sujeita a controle. Caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

José dos Santos  
Carvalho Filho é  
mestre em Direito  
Constitucional.  
Professor do Instituto  
Brasiliense de Direito  
Público. Assessor de  
Ministro do Supremo  
Tribunal Federal.

O objetivo do presente artigo é apresentar um panorama geral sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil.

Inicialmente, perpassa-se pelo direito comparado para apresentar o histórico da redefinição de competências dos poderes públicos no mundo, bem como a justificação do protagonismo do Judiciário. Em seguida, analisa-se a experiência da Alemanha, onde o exercício das novas funções do poder revela que houve excessos capazes de configurá-lo como o principal gestor da vida em sociedade, independentemente das decisões das instituições políticas clássicas.

Partindo-se da hipótese de que o fenômeno tende a se reproduzir em todos os locais onde os limites da jurisdição constitucional não sejam estritamente delimitados, analisam-se alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os quais permitem constatar, também no Brasil, a existência de decisões judiciais que colocam o Poder Judiciário em posição de preeminência em relação aos demais Poderes.

Constatada essa situação, apresentam-se algumas reflexões sobre a necessidade de fixar limites à atuação do Judiciário no Brasil. Embora as sugestões não sejam exaustivamente desenvolvidas, elas permitem vislumbrar modelo de separação de Poderes no qual as funções públicas são exercitadas de forma harmônica e interdependente.

## **2. O Judiciário boca da lei, guardião de promessas e superego da sociedade órfã**

O Judiciário contemporâneo é muito distinto daquele vislumbrado por Montesquieu (2000) quando da sistematização da separação dos Poderes. Em sua obra “O espírito das leis”, o pensador francês demonstrou profunda preocupação com a proteção da liberdade e idealizou o sistema de repartições de funções estatais

como forma de garanti-la. Partiu-se da premissa segundo a qual o poder tende a corromper-se, razão pela qual se torna imperiosa a sua disseminação sobre a maior quantidade de instituições/pessoas, a fim de que sejam controlados os abusos (FACHIN, [2011?], p. 205-220).

O autor identificava três funções estatais: o poder legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil (MONTESQUIEU, 2000, p. 160). Acrescenta o autor que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

É nessa ideologia que Montesquieu (2000) desenvolve o sistema de separação dos poderes, pelo qual o poder exerce controle sobre o próprio poder. Não decorre dessa organização, contudo, que os três poderes tenham a mesma força e sejam igualitários. Ao contrário, a visão de Montesquieu acerca do Judiciário revela que este seria um poder praticamente nulo, limitado à aplicação da lei aos casos concretos, a boca que pronuncia a norma estabelecida pelo legislador (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). A teoria de Montesquieu foi desenvolvida com foco no princípio da supremacia da lei.

Essa concepção originária de organização das funções estatais não se coaduna com os estados democráticos de direito da atualidade, pois houve uma mudança estrutural nas competências institucionais, sobretudo nas atribuídas ao Poder Judiciário.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já estipulava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (FRANÇA, 1789).

A propósito, Ingo Sarlet (2009, p. 59) ensina que, a partir dessa formulação paradigmática, lançaram-se as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal: limitação jurídica do poder estatal, por meio da separação dos poderes e da garantia de alguns direitos fundamentais.

A partir do século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 221-225).

A Constituição passa a ser fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo; a separação das funções do Estado cede lugar a uma atuação coordenada, interdependente e harmônica dos Poderes Públicos; e os direitos fundamentais, além da perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, passaram a ser visualizados como valores do Estado, em reconhecimento da dimensão objetiva (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67).

Assim, a intervenção judicial, que inicialmente era prevista apenas para resolução de conflitos de interesse nos termos e limites preestabelecidos pela lei, expandiu-se também para a proteção dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e a interação harmônica entre os poderes públicos.

Ao analisar o Judiciário contemporâneo, Eugênio Zaffaroni (1995, p. 37) leciona:

“Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.”

Nesse contexto, o Poder Judiciário, como guardião da Constituição e protetor dos direitos fundamentais, passa a ser interveniente importante do processo democrático.

Paralelamente, o Estado também passou por significativas transformações nas esferas política e social, que culminaram em um processo de descrença das instituições políticas, razão pela qual se perderam os referenciais político-institucionais que nortearam o Estado moderno. Em consequência da despolitização do sujeito e de sua fragilidade, ganha ain-

da mais destaque o Judiciário como instância promotora de expectativas frustradas (MORAIS, 2010).

Em 1952, o jurista francês Antoine Garapon analisou o fenômeno da ampliação de poderes do Judiciário, em obra intitulada “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, na qual o apresenta como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Leciona o autor:

“O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos” (GARAPON, 1999, p. 48).

O Judiciário transforma-se no guardião de promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, passa a ter como função institucional a recuperação da democracia (MORAIS, 2010).

Essa modificação é, a princípio, positiva, pois o Judiciário eleva-se ao nível dos outros Poderes, para tornar-se o terceiro gigante – ao lado do Legislativo e do Executivo –, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia, pois o Judiciário independente é capaz de resistir a decisões circunstanciais da maioria que violem a Constituição. Assim, o crescimento do Judiciário é necessário ao equilíbrio dos três Poderes (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle; caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

Nessa conjuntura, o agigantamento do Judiciário também foi analisado no constitucionalismo alemão, a partir da obra de Ingeborg Maus (2000) intitulada “O Judiciário como superego da sociedade orfã”, na qual a autora recorre a conceitos de psicologia para explicar – em analogia à figura do pai que representa o superego do filho – que as instituições políticas eram responsáveis por organizar a sociedade. Entretanto, a partir da crise democrática e da desconfiança em relação às clássicas instituições políticas, a sociedade viu-se “órfã”, razão pela qual sentiu necessidade de procurar novo gestor da vida em sociedade, novo superego: o Judiciário (MAUS, 2000, p. 183-202).

Segundo a autora, o Judiciário alemão extrapolou suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não sujeito a limites ou

controle. Alexandre Bahia (2005) explica com propriedade as críticas de Maus (2000) à hipertrofia do Judiciário:

“Maus, ao reconstruir a história do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, mostra que, inicialmente, este assimilou os princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, além da limitação à interpretação da lei pelo juiz (*juiz bouche de la loi*). No entanto, após esse primeiro período, o Judiciário alemão vai progressivamente perdendo aquela vinculação estrita à lei à medida que cresce uma autocompreensão peculiar quanto a seu papel na aplicação do Direito.

(...)

A independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor” (BAHIA, 2005, p. 10-12).

O trabalho de Ingeborg Maus (2000) ultrapassou as fronteiras da Alemanha, principalmente porque o fenômeno da protagonização do Judiciário como agente político não foi exclusivo daquele país. Neste trabalho, objetiva-se verificar em que medida a atuação do Judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, assemelha-se ao superego identificado por Maus, bem como as conformações sistêmicas que podem ser adotadas para superar o fenômeno da supremacia judicial.

### 3. O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade brasileira

A existência de uma Constituição analítica, que estabelece extenso rol de direitos fundamentais dos cidadãos, propiciou amplo leque de

possibilidades para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir de 1988.

Outra consequência da Constituição cidadã foi a abertura procedimental da jurisdição constitucional. A onda de democratização<sup>1</sup> e a facilidade de acesso à justiça, por meio de benefícios como a isenção de custas e a advocacia gratuita aos mais necessitados, acarretou progressivo aumento na judicialização dos conflitos sociais.

Assim, a facilitação do acesso à justiça, associada à ampliação dos parâmetros para o controle de constitucionalidade, acarretou o fortalecimento da jurisdição constitucional no Brasil. Acresça-se, ainda, que o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade<sup>2</sup> permitiu ao Supremo Tribunal Federal enfrentar problemas que não poderiam ser solucionados pelo simples binômio inconstitucionalidade-nulidade absoluta da lei.

Nesse contexto, a participação do Judiciário no processo de tomada de decisões importantes para a toda sociedade tornou-se cada vez mais frequente. O Supremo Tribunal Federal, última instância do Judiciário brasileiro, tomou as páginas dos noticiários. Atualmente, é difícil encontrar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização.

O controle da justiça sobre a vida política é tão crescente que nada mais escapa da apreciação judicial. Houve verdadeira explosão do contencioso, crescimento e multiplicação das

<sup>1</sup> O termo “onda” é utilizado por Mauro Cappelletti para apresentar as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31 et seq.).

<sup>2</sup> Além da modulação temporal de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas jurídicas (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), o Supremo Tribunal Federal também pode adotar as seguintes técnicas de decisão: declaração de nulidade parcial; declaração de nulidade parcial sem redução de texto; interpretação conforme à Constituição; decisão manipulativa de efeitos aditivos; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e declaração de lei ainda constitucional (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1398-1427).

jurisdições, que se diversificam e afirmam suas autoridades, cada dia mais um pouco (GARAPON, 1999, p. 24).

Analisa-se, nas próximas linhas, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, para verificar em que medida a Corte, ao ocupar a posição de depositário de expectativas frustradas dos cidadãos, extrapola os limites de sua competência, transformando-se no superego da sociedade brasileira, no sentido de superpoder identificado por Maus (2000).

### 3.1. O caso do benefício assistencial<sup>4</sup>

A Constituição da República, no art. 203, prevê que a assistência social será prestada aos que dela necessitarem, independentemente de contribuição social. O inciso V do referido dispositivo prevê a garantia de um salário mínimo de benefício ao idoso e a pessoas com deficiência que comprovarem hipossuficiência.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/1993, ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, explicitou os requisitos para a concessão de benefício assistencial no valor mensal de um salário mínimo aos idosos e aos deficientes que, comprovadamente, não tenham meios para prover a manutenção própria ou de tê-la provida por sua família.

Entre os critérios estipulados, determinou-se o requisito objetivo de comprovação da incapacidade do idoso ou do deficiente para sustento próprio ou pela família. A lei limitou o benefício às pessoas cuja renda familiar mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Ocorre que, em razão da heterogeneidade de casos, tal critério passou a sofrer ponderações em sua aplicação, em virtude de questionamentos judiciais – a política pública do benefício assistencial foi judicializada. Com base em fundamentos constitucionais, muitos Juízos admitiam outras formas de comprovação da hipossuficiência.

O critério de capacidade financeira estabelecido pela lei, portanto, teve sua constitucionalidade contestada, ao argumento de possibilitar que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do amparo social (omissão parcial inconstitucional).

---

<sup>3</sup> Os precedentes comentados foram selecionados de modo aleatório e a escolha justificou-se por se caracterizarem como julgamentos peculiares, seja porque houve apreciação judicial de questões morais (casos da união homoafetiva e do aborto de anencéfalo), seja em virtude da inovação elaborada para a resolução de conflitos tipicamente jurídicos (casos do benefício assistencial e do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal). A propósito, registre-se que a densidade da Constituição brasileira permite a judicialização tanto questões tipicamente jurídicas quanto de conflitos morais que são caracterizados também como jurídicos.

<sup>4</sup> Sobre o caso, recomenda-se leitura de Carvalho Filho (2012, p. 25-48).

Nesse contexto, proliferaram divergências jurisprudenciais sobre o tema, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 no Supremo Tribunal Federal.

Ao final do julgamento, a Suprema Corte julgou improcedente o pedido formulado, em decisão assim ementada:

“Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do estado. Ação julgada improcedente” (BRASIL, 2001).

Esse julgado, contudo, não resolveu a controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS, na medida em que vários Juízos continuaram a elaborar construções hermenêuticas com o escopo de contornar o critério objetivo e avaliar o real estado de miserabilidade social dos idosos e deficientes.

Em decorrência do entendimento divergente, inúmeras reclamações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, que, em um primeiro momento, julgou procedentes tais ações (BRASIL, 2005, 2007b), mas, posteriormente, passou a flexibilizar sua orientação originária (BRASIL, 2007a).

O STF reconheceu a repercussão geral do tema nos Recursos Extraordinários nºs 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, e 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, oportunidades em que sinalizou a possibilidade de revisão do julgamento proferido na ADI nº 1.232.

O mérito desses processos foi julgado em 19/4/2013, tendo a Corte declarado a inconstitucionalidade do critério objetivo, diante da omissão parcial inconstitucional do legislador,

razão por que reviu o anterior entendimento vinculante, que fora proferido por ocasião do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade.

Mais do que isso, o confronto analítico entre a fundamentação da ADI nº 1.232 e a dos recursos extraordinários com repercussão geral evidencia a similitude de argumentos. Em síntese, a motivação diz respeito à omissão parcial do legislador infraconstitucional.

Não obstante, as conclusões a que a Corte chegou ao julgar os processos foi diametralmente oposta. Fatores externos ao mundo jurídico, como o transcurso do tempo e a mudança da composição da Corte, podem ter influenciado essa virada hermenêutica. Entretanto, o problema visualizado é que o Supremo Tribunal Federal superou orientação consolidada e com efeito vinculante pelos mesmos argumentos que já haviam sido analisados e refutados no julgamento da ADI nº 1.232.

### 3.2. O caso das uniões homoafetivas

O art. 1.723 do Código Civil brasileiro preceitua que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Tal dispositivo regulamenta normas constitucionais acerca da proteção da família e praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Verifica-se que tanto a Constituição quanto o Código Civil reconhecem expressamente como união estável apenas a convivência pública e duradoura entre homem e mulher.

Por outro lado, a própria Constituição enuncia princípios incompatíveis com essa restrição, como o da proibição de preconceitos em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

É nesse âmbito que exsurge o problema social do não reconhecimento pelo Estado de uniões entre pessoas do mesmo sexo (uniões estáveis homoafetivas), e a questão é judicializada.

O Supremo Tribunal Federal recebeu duas ações constitucionais importantes sobre o tema: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Referidas ações foram julgadas conjuntamente em 5/5/2011, quando a Suprema Corte proferiu decisão assim ementada, no ponto que interessa:

“(…)

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proibe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

(…)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA

'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAfetiva COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferaiva" (BRASIL, 2011a).

O Supremo Tribunal Federal legitimou o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, declarando que o Código Civil deve ser interpretado conforme à Constituição no ponto em que restringe a proteção estatal das uniões estáveis aos casais heteroaferivos.

Como a própria Constituição também possui texto literal – desde a redação originária (art. 226, § 3º) – em que reconhece como família apenas as uniões estáveis entre homem e mulher, o STF procedeu à interpretação teleológica dessa norma, para sustentar que seu objetivo é igualar homens e mulheres, e não discriminar relações entre iguais (pessoas do mesmo sexo).

De qualquer forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal invocou princípios constitucionais para adotar orientação contrária a enunciado exposto do Código Civil e da própria Constituição, o que faz surgir dúvidas sobre os limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado.

### **3.3. O caso do aborto de anencéfalos**

Aborto significa a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (JESUS, 2007, p. 430). O ordenamento jurídico brasileiro criminaliza a prática de aborto. Os arts. 124 a 126 do Código Penal tipificam tanto a conduta da gestante de autoaborto e de consentimento para o aborto como a de terceiro, que realiza aborto com ou sem o consentimento da mãe.

O art. 128 da lei penal, contudo, prevê duas hipóteses em que a realização de aborto não é punida: 1) aborto necessário, autorizado quando não há outro meio para salvar a vida da gestante; e 2) aborto no caso de gravidez resultante de estupro, permitido quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz.

Sucedem que o avanço da medicina e o desenvolvimento de recursos tecnológicos permitem, atualmente, evidenciar a viabilidade do feto

em formação, desde os primeiros meses de gravidez. É possível identificar com alto grau de precisão, por exemplo, a malformação do cérebro que inviabiliza por completo a vida extrauterina (anencefalia).

Embora o Código Penal não tenha legitimado a prática de aborto em casos como esse, a Constituição previu o princípio da dignidade da pessoa humana como norma estruturante de onde emanam os direitos fundamentais (BRANCO; MENDES, 2012, p. 158-161).

Assim, passou-se a sustentar que o impedimento legal de a gestante interromper a gravidez nos casos de diagnóstico de inviabilidade de vida extrauterina do feto não seria compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a continuidade da gravidez seria conduta absolutamente inexigível da mãe.

Surgido o problema social, a questão foi judicializada e apresentada ao Supremo Tribunal Federal, onde se ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

A ação foi definitivamente apreciada em 12/4/2012, oportunidade em que o STF julgou procedente, para excluir do tipo penal do aborto a interrupção da gravidez de feto anencefálico. O acórdão foi assim ementado:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálico ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (BRASIL, 2013a).

A partir dessa decisão, portanto, passaram a existir três hipóteses em que a realização de

aborto no Brasil não é punida: 1) aborto necessário; 2) aborto em gravidez decorrente de estupro; e 3) aborto de feto anencefálico (aborto eugênico). Apenas as duas primeiras hipóteses têm expressa previsão legal, pois a terceira decorreu de orientação jurisprudencial com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Registre-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada enquanto a questão estava pendente de deliberação no Congresso Nacional. A propósito, o Projeto de Lei do Senado nº 50/2011 (BRASIL, 2011b) dispõe exatamente que não se pune o aborto no caso de feto com anencefalia, se precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Esse projeto de lei tem conteúdo idêntico ao entendimento do Judiciário, mas este Poder, por sentença aditiva, antecipou a resolução da controvérsia social, independentemente de deliberação legislativa<sup>5</sup>.

### 3.4 O caso do FPE<sup>6</sup>

O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) consiste na parcela destinada aos Estados e ao Distrito Federal decorrente da repartição de receita tributária arrecadada pela União a título de imposto de renda e de imposto sobre produtos industrializados.

A previsão constitucional do fundo consta do art. 159, I, “a”, da Constituição, segundo o qual:

<sup>5</sup> Consigne-se que, em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal, a Senadora Maria do Carmo Alves apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei nº 287/2012, o qual prevê detenção de três anos para gestante que interrompe ou permite que interrompam gravidez de feto anencefálico; e estipula pena de reclusão de três a seis anos caso a interrupção se dê sem o consentimento da gestante. Esse comportamento evidencia reação do Legislativo ao que pode ser considerada usurpação de competência pelo Judiciário. Entretanto, é difícil imaginar que esse projeto de lei seja aprovado, mormente após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

<sup>6</sup> Sobre o tema, recomenda-se leitura de Branco e Mendes (2012, p. 1496).

“Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.”

Assim, a Constituição determina que 21,5% da receita arrecadada pela União com Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) sejam repassados aos Estados e ao Distrito Federal. A finalidade do FPE é contribuir para o equilíbrio federativo, ao permitir o fornecimento de verba em montante inversamente proporcional à capacidade arrecadatória dos entes federativos.

A propósito, a Constituição determina que lei complementar estabeleça normas sobre a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, especialmente sobre os critérios de rateio, que devem visar ao equilíbrio socioeconômico entre os Estados.

A Lei Complementar nº 62/1989 regulamentou a disposição constitucional e estabeleceu, inicialmente, que os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal vigorariam até 1992. A partir de então, deveriam ser fixados novos critérios por lei específica sobre o tema. Na prática, entretanto, a LC nº 62/1989 foi ratificada sucessivamente pelas Leis Complementares nºs 71/1992, 72/1993 e 74/1994, que prorrogaram a sua vigência indefinidamente.

Assim, o congelamento dos critérios de rateio fez surgir questionamentos em relação à adequação dos coeficientes aplicados, ao fundamento de que eles estariam incompatíveis com o objetivo de promover o equilíbrio federativo.

Argumentou-se que os coeficientes individuais dos Estados foram fixados por força

de acordo político e deveriam vigorar apenas provisoriamente e que a manutenção desse sistema de caráter fixo e estático não permitiria a adaptação dos índices de repasse de acordo com o desenvolvimento econômico adquirido (FGV, 2012, p. 95). A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de quatro ações diretas de inconstitucionalidade – nºs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 –, as quais foram julgadas conjuntamente pela Corte.

Ao apreciar as ações, o STF proferiu a seguinte decisão:

“Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012” (BRASIL, 2010).

Infere-se dessa ementa que o Judiciário encampou a tese dos proponentes das ações diretas e julgou as demandas procedentes. Todavia, diante da necessidade de composição acerca da definição dos novos critérios de repasse, o STF decidiu resguardar a aplicação dos coeficientes já definidos pela lei declarada inconstitucional até o período de 31/12/2012, razão pela qual aplicou a técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1416).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, fez apelo ao legislador para que adaptasse o texto da norma regulamentadora à Constituição e concedeu-lhe prazo para atuação. Na prática, vê-se que a decisão do STF foi descumprida, pois o Congresso Nacional não logrou êxito em editar a norma no prazo estipulado<sup>7</sup>, o que gerou ponto de tensão entre Legislativo e o Judiciário.

### 3.5. A supremacia da jurisdição constitucional no Brasil

As decisões expostas permitem evidenciar que o Judiciário brasileiro, representado, neste trabalho, pelo Supremo Tribunal Federal, tem adotado postura bastante ativa no exercício da jurisdição constitucional.

O caso do benefício assistencial possibilita inferir que, a partir do mesmo contexto argumentativo, o Tribunal tomou decisões diametralmente opostas. Além de interpretar as normas jurídicas, o STF reinterpretou-as, sem atentar ao ônus argumentativo de explicitar as razões para a superação do precedente. Em casos tais de reexame, a segurança jurídica é posta de lado.

Além disso, ao fundamento de promover interpretação das leis infraconstitucionais conforme a Constituição, a Corte atribuiu a dispositivos do Código Civil (no caso das uniões homoafetivas) e do Código Penal (no caso dos fetos anencefálicos) sentido contrário ao texto expresso em lei. Em relação às uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal foi além e deu interpretação conforme também à norma originária da Constituição que reconhece como entidades familiares as uniões estáveis entre homem e mulher.

<sup>7</sup> Até junho de 2013, mês de elaboração deste artigo, os novos critérios sobre a repartição da verba do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal ainda não tinham sido aprovados.

A última decisão analisada – caso do FPE – revela posicionamento inovador por parte do Judiciário: embora a lei analisada tenha sido declarada inconstitucional, o STF resguardou a sua aplicação para o futuro e concedeu prazo para que o Legislativo editasse norma compatível com o texto constitucional. Esse apelo ao legislador representa tentativa de estabelecimento de diálogo entre os Poderes; entretanto, o prazo estipulado pelo Judiciário não foi respeitado, o que ensejou, na realidade, a instalação de ponto de tensão, em virtude do descumprimento da decisão judicial pelo Legislativo.

A apresentação de projeto de lei que criminaliza expressamente o aborto de fetos anencéfalos vai de encontro à orientação do STF, razão pela qual pode ser encarada como reação do Legislativo ao que se considera usurpação judicial de competência normativa. Todo o exposto permite perceber que o Brasil vive atualmente um período de protagonismo judicial. A propósito, sustenta-se o seguinte:

“(…) É muito difundida a opinião de que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera ‘árbitro definitivo da constitucionalidade das leis.’ Entende que sua função ‘de guarda da Constituição’ (CF, art. 102 *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental’. E com uma formulação mais simples: ‘Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último’” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467).

Nesse contexto, constata-se a imperiosidade de conformação da atuação do Judiciário, seja para direcionar à fundamentação racional dos julgados – já que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita

o controle de seus próprios atos (BARROSO, 2012) –, seja para impor limites a esse poder, que invoca a Constituição para dar interpretação conforme a ela própria e contra sentido literal expresso, como o fez no caso das uniões homoafetivas.

É preciso que se pense em um modelo intermediário, entre a supremacia da lei e a preeminência da jurisdição constitucional.

#### **4. Limites e possibilidades da judicialização da política no Brasil**

Há vários trabalhos e estudos científicos cujo objeto central é o aparente conflito entre jurisdição constitucional e democracia (SOUZA NETO, 2003).

Por um lado, o Poder Judiciário não é exercido por representantes eleitos do povo, motivo pelo qual lhe faltaria legitimidade para a tomada de decisões políticas concernentes à concretização e implementação de direitos fundamentais dos cidadãos – sobretudo dos direitos sociais, que preponderantemente exigem atuação concreta e material por parte do poder público.

Nesse sentido, Jeremy Waldron (2003, p. 190) sustenta que a regra da maioria, em que as decisões são tomadas pelos destinatários da norma, direta ou indiretamente, é a forma mais equitativa para se enfrentarem situações de desacordo.

Por outro lado, justifica-se a legitimidade do Judiciário pela sua função institucional de guardião da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional seria pressuposto da democracia, na medida em que não se pode vislumbrar participação popular em contexto de desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema contramajoritário (FRANCO, 2009) de controle de constitucionalidade representaria, assim, mecanismo de autoproteção da própria democracia, destinado a evitar que decisões majoritárias em

dados contextos se sobreponham aos direitos mais essenciais dos indivíduos.

De qualquer forma, são poucos os autores que sugerem, no debate atual, a abolição do controle judicial de constitucionalidade. A preocupação, agora, foca-se nos limites do Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 466).

Assim, a discussão relacionada à legitimidade da judicialização da política ou da atuação judicial na tomada de decisões concernentes à concretização de políticas públicas não é objeto de análise deste trabalho, o qual parte do pressuposto da legitimidade do Poder Judiciário para investigar os limites e as possibilidades da atuação judicial.

Tendo em vista que a judicialização da política já é fato no Brasil, impende investigar as consequências desse fenômeno, bem como propor meios para equalizar o exercício das funções institucionais dos poderes públicos, de modo que o princípio da separação dos poderes não seja solapado pela consagração do Judiciário como superpoder do Estado brasileiro.

##### **4.1. Autocontenção**

A teoria da autocontenção (*self-restraint*) é muito difundida nos Estados Unidos e consiste na autolimitação do Judiciário.

Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, também é verdade que o Judiciário não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados pelo legislador<sup>8</sup>, pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação

---

<sup>8</sup> A propósito, o art. 68 da Constituição de 1934 previa expressamente que o Judiciário não pode intervir em questões exclusivamente políticas (BRASIL, 1934).

dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

O ativismo judicial é duramente criticado por Néviton Guedes (2012), para quem:

“Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça”.

Assim, o Judiciário deve pautar-se pela busca do equilíbrio, pela atuação judicial moderada. A autocontenção pode ocorrer tanto em relação ao objeto do controle de constitucionalidade, para que o juiz não intervenha em matérias politicamente controvertidas<sup>9</sup>, como no que diz respeito aos resultados da jurisdição constitucional, de modo que o Judiciário não se sobreponha ao legislador para incluir conteúdo não previsto ou dar interpretação contrária ao sentido literal da lei<sup>10</sup>.

<sup>9</sup>No Brasil, percebe-se que o Judiciário tem sido utilizado como instância política à qual os derrotados nas deliberações legislativas recorrem, na tentativa de anular a vitória da maioria. A proteção aos direitos fundamentais e a guarda do Constituição são apenas os argumentos lançados para que praticamente todas as lutas políticas relevantes sejam judicializadas.

<sup>10</sup>Os julgamentos dos casos examinados neste trabalho (LOAS, união homoafetiva, aborto de anencéfalos e FPE)

A despeito dessa argumentação, deve-se ter em mente duas dificuldades práticas acerca da doutrina da autocontenção: 1) o limite imposto ao Judiciário é interno e depende de cooperação do próprio juiz para ter operacionalidade, razão pela qual não se prestaria a controlar eventuais desvios ou abusos de poder; 2) a teoria não oferece critérios claros para encontrar o equilíbrio desejável, permitindo divergência judicial sobre as possibilidades de atuação – o que é ativista para um julgador pode não o ser para outro (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

#### 4.2. A inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos

Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica da posição legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados têm um campo de atuação elástico.

Diante da plurissignificância de sentido das normas constitucionais, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen (1999, p. 387-397) afirma que o texto das normas funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade.

Friedrich Müller (2000, p. 50-70) acrescenta que norma não se confunde com o texto da norma. Esse é apenas um programa que estabelece premissa para a interpretação. Não pode haver interpretação contrária ao enunciado literal da norma, mas esse enunciado, por si só, não é suficiente para desvelar o sentido da norma, tanto que há constituições consuetudinárias. A normatividade decorre da junção entre texto

não foram, conforme examinado, pautados pela doutrina da autocontenção judicial.

e âmbito da norma, definido por Müller (2000, p. 50-70) como o conjunto das diferentes funções concretizadoras da norma, a exemplo da concretização promovida por vários órgãos, como Judiciário, sociedade, Administração Pública e a própria ciência.

Assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito. Com base no texto da norma, ponto de partida dogmático, interpreta-se o seu sentido. A interpretação da norma decorre de um processo iniciado pela fase cognoscitiva e completado por um ato de vontade do órgão aplicador, em que a cognição oferece várias hipóteses de sentido, todas inseridas na “moldura” da norma, e a definição do sentido aplicável ao caso é estabelecida por um ato de escolha do órgão aplicador (KELSEN, 1999, p. 387-397).

O juiz não é mais considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial representa decisão política, observada a inegabilidade dos pontos de partida – texto da norma (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 97-100).

Assim, não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, o ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade.

#### **4.3. Os diálogos institucionais**

A rejeição ao modelo da supremacia da lei conduziu à primazia da jurisdição constitucional.

Ocorre que um Estado de Direito não pode pautar-se pela preponderância de uma função estatal em relação às demais. É preciso que se busque o equilíbrio institucional, em que haja responsabilização conjunta e diálogo entre juiz e legislador para a proteção dos direitos fundamentais.

Essa harmonização, que permite o exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo, consubstancia o que se convencionou chamar de modelo dialógico, caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento (SOUZA, 2011, p. 320-321).

O sistema dialógico formalmente instituído pelo Canadá é o mais antigo do mundo e talvez também o mais célebre. Ao mesmo tempo em que legitima a jurisdição constitucional, o regime canadense prevê a possibilidade de reapreciação da causa pelo Parlamento, bem como a aplicação da lei por determinado período futuro, não obstante a declaração de inconstitucionalidade. Ao analisar a experiência, Paulo Branco (2010, p. 58-66) assim se manifesta:

“O diploma canadense, porém, contém dispositivo que peculiariza o controle que enseja. A sua Seção 33 sanciona o que se chama de ‘cláusula do não obstante’. Por ela, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da ‘cláusula do não obstante’ e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio”.

Diferentemente do Canadá, o Brasil não possui um modelo comunicacional, embora a história constitucional revele a existência de mecanismo semelhante ao canadense na Constituição de 1937<sup>11</sup> e haja atualmente proposta de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional cujo objetivo é a imposição de limites à atuação judicial, por meio da instituição de sistema dialógico que possibilite a revisão das decisões judiciais pelo Parlamento (BRASIL, 2011a, 2011b).

Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo. O atual art. 52, X, da Constituição, que prevê como competência do Senado Federal a suspensão, com efeitos *erga omnes*, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1194) pode ser classificado como instrumento de diálogo entre poderes.

Consigne-se, ainda, que o art. 102, § 2º, da Constituição estipula que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal são gerais e vinculantes apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, motivo pelo qual o Legislativo não é vinculado pelo conteúdo das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em tese, editar nova norma, ratificando o conteúdo da anterior.

Nesse contexto, Sérgio Victor (2013, p. 176-187) verifica que ocorrem diálogos institucionais quando o Congresso Nacional (re)edita norma cuja inconstitucionalidade já foi assentada pelo Judiciário, seja por meio da promulgação de emendas constitucionais, seja pela nova aprovação de leis infraconstitucionais. O autor cita relevantes exemplos de atuação

---

<sup>11</sup> Art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1937).

harmônica bem-sucedida, dentre os quais se destaca o caso da contribuição para o custeio de iluminação pública:

“A mesma coisa aconteceu com relação à jurisprudência do Supremo que declarava a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que essa espécie tributária não era apta à criação de taxas. Ante a necessidade das localidades de cobrarem tal exação, o Congresso Nacional aprovou a EC 39/2002 que, ao dialogar com a corte, entendeu os fundamentos de sua decisão pela inconstitucionalidade da criação de taxa para o propósito em tela, e instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública”.

Pode-se compreender também que a técnica de decisão do apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também conduz à atuação cooperativa, na medida em que o Judiciário reconhece a mora do Legislativo e indica a necessidade de normatização de determinado tema<sup>12</sup>.

Perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil ocorreu no caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Ao apreciar o Mandado de Injunção nº 943, o Supremo Tribunal Federal percebeu que a simples declaração da mora do Legislativo não mais atenderia à força normativa da Constituição, razão pela qual a Corte esboçou decisão concreta, mas optou por adiar o julgamento do feito, para desenvolver proposta de implementação adequada do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Diante da sinalização, a resposta legislativa foi rápida, com a regulamentação da matéria antes da devolução dos autos para a continuidade do julgamento. O Congresso Nacional editou a Lei nº 12.506/2011. Depois, o STF optou por aplicar os mesmos critérios definidos pelo Legislador para os mandados de injunção pendentes de julgamento, acolhendo a decisão tomada pelo Legislativo. Eis a ementa da decisão:

“Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse

---

<sup>12</sup> Na prática, entretanto, a simples declaração de mora não tem surtido efeitos. Em relação à ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Congresso Nacional não editou lei sobre o tema, mesmo após vários anos desde o reconhecimento da omissão inconstitucional.

entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado precedente” (BRASIL, 2013b).

A relevância do precedente decorre do fato de prestigiar a decisão política do Legislativo e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos fundamentais.

É possível perceber um acréscimo no coeficiente democrático da deliberação sobre direitos ou políticas públicas no contexto do modelo dialógico, uma vez que a participação dos indivíduos no processo, direta ou indiretamente – por meio dos seus representantes eleitos –, legitima a decisão. Assim, em sistemas em que o controle judicial de constitucionalidade conviva com a participação do Poder Legislativo no debate constitucional, a pluralidade tende a enriquecê-lo e, portanto, a torná-lo mais amplo, democrático (VICTOR, 2013, p. 189).

## 5. Conclusão

O presente artigo analisou o fenômeno mundial do reconhecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora das expectativas frustradas dos cidadãos, o qual está atrelado à crise de desconfiança em relação às instâncias políticas clássicas. Além de solucionar querelas individuais da sociedade, o Judiciário assumiu a proteção dos direitos fundamentais e o exercício da jurisdição constitucional.

Todavia, o modo como são exercidas as novas atribuições pode ensejar hipertrofia desmoderada do Judiciário, sobretudo diante da ausência de controle para eventuais desvios ou abusos de poder que possam ocorrer. Essa consequência negativa foi, a princípio, visualizada no constitucionalismo alemão, mas se repetiu também em outras democracias. O Judiciário passou a ser enxergado como superpoder do Estado.

A análise de algumas decisões polêmicas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – benefício assistencial, uniões homoafetivas, aborto de anencéfalos e Fundo de Participação dos Estados – evidencia comportamento altivo da Corte no que diz respeito a decisões políticas.

No caso do benefício assistencial, o STF adotou entendimento contrário ao que havia seguido por ocasião do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Em relação às uniões homoafetivas, a Corte deu interpretação à norma que não é compatível com o sentido literal do seu texto. Ao julgar o caso do aborto de anencéfalos, o Supremo Tribunal Federal acrescentou o aborto eugênico às hipóteses em que se permite legalmente a interrupção da gravidez. Por fim, a conclusão a que o Tribunal chegou ao julgar o caso do Fundo de Participação dos Estados e

do Distrito Federal (FPE) acarretou tensão institucional entre Judiciário e Legislativo, na medida em que o prazo imposto não foi observado.

Assim, todos esses julgamentos indicam que se está a caminhar do contexto da supremacia da lei para a realidade da primazia da jurisdição constitucional – ou do reconhecimento do Judiciário como superego da sociedade.

É preciso pensar em modelo intermediário, que não encampe a superposição de uma função em relação às outras. Ao contrário, os poderes públicos devem ser exercitados de forma harmônica e interdependente.

Imagina-se que esse modelo seja possível em um Estado onde o Judiciário esteja orientado pelo princípio da autocontenção em questões políticas e observe a inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos.

Acresça-se, ainda, a possibilidade de o equilíbrio entre os Poderes ser alcançado por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais.

## Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. *ConJur*, Brasília, 3 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 1º abr. 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 58-66, jan./fev. 2010.

\_\_\_\_\_; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 875, de 24 de fevereiro de 2010. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF, de 27 de agosto de 1998. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Red. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 jun. 2001.

\_\_\_\_\_. Agravo Regimental na Reclamação n. 2.303. Relator: Ministra Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Reclamação n. 4.374/RS, de 1ª de fevereiro de 2007. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 fev. 2007a.

\_\_\_\_\_. Medida Cautelar na Reclamação n. 4.427. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 maio 2007b.

\_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011a.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de lei n. 50, de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 fev. 2011b. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99165](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165)>. Acesso em: 6 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, de 12 de abril de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2013a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 943, de 6 de fevereiro de 2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 maio 2013b.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963, de 18 de abril de 2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 nov. 2013c.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.985. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 out. 2013d.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O critério da hipossuficiência familiar dos necessitados postulantes de amparo social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Democracia, direitos fundamentais e cidadania*. Brasília: IDP, 2012. 1 v.

\_\_\_\_\_. Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição constitucional brasileira. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 30, p. 212-225, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. 1 v.

FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. *Anima*, Curitiba, [2011?].

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANCO, Bernardo Mello. Gilmar Mendes: juiz não é para ouvir o vendedor da esquina. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedor-da-esquina.html>>. Acesso em: 5 maio 2012.

FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Paris: Assemblée Nationale, 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *Federação e guerra fiscal*. Brasília: FGV Projetos, 2012.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. *ConJur*, Brasília, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 7 maio 2013.

JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15073>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. 1 v.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: \_\_\_\_\_. et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



# O direito à saúde revisitado

Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual

THALITA MORAES LIMA

## Sumário

1. Introdução. 2. O direito à saúde “clássico”: os ideais sanitaristas. 3. O direito à saúde vinte e cinco anos depois: o conceito judicializado. 4. Conclusão: qual versão do conceito nos define?

## 1. Introdução

Na teoria literária, o ato de visitar um romance implica uma reflexão global que envolve criação e historicidade – assim ocorreu com grandes clássicos como o legendário *Tristão e Isolda*. Da mesma forma, os conceitos da ordem jurídica também podem sofrer um processo de desconstrução. Significa dizer que tendo a Constituição Federal em 1988 parametrizado o direito à saúde na ordem social, é possível que hoje, após vinte e cinco anos da sua promulgação, haja a utilização e a conservação, pelos decisores, dos elementos já conhecidos do conceito, como integridade e universalidade, mas sob uma apresentação transformada. Em outras palavras, ao se pensar no artigo 196, mesmo com a possibilidade de novas reflexões sobre ele e da adoção de modernos mecanismos de gestão para a saúde pública, o enredo originário, graças à memória da integridade (DWORKIN, 2007, p. 273) e da tradição (ABREU, 2008, p. 1), deve tender a permanecer o mesmo.

O problema é que como o sistema normativo não detém conclusões objetivamente verificáveis, adaptar, sem controle crítico discursivo, a compreensão do texto constitucional já estabelecido, ainda que diante de contextos emergenciais como o da saúde pública, pode significar a alteração, por exemplo, do ponto de partida moral que lapidou o próprio direito, quando da Assembleia Constituinte. Assim, visa-se aqui

Thalita Moraes Lima é advogada, mestra em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e especialista em Instituições de Direito Público e Direito Privado pela Faculdade de Araraquara (SP).

a entender a progressão de como o direito à saúde tem sido compreendido nestes vinte e cinco anos da Constituição Federal, a partir de dois marcos importantes. A justificativa é que, diante do aumento de número de projetos de lei, de demandas administrativas e de ações judiciais que pleiteiam alguma ação ou serviço de saúde ao Estado, é relevante, para sociedade e para os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, saber qual conceito de direito à saúde, na ordem jurídica brasileira, conforma uma regra isonômica e, simultaneamente, revela o pacto coletivo de sociedade democrática que vincula – ou, ao menos, que gostaríamos de que vinculasse – a todos nós.

Pressupõe-se que é possível identificar os debates que construíram o sentido do artigo constitucional, que há critérios para o controle crítico das decisões atuais e que um mínimo de estabilidade semântica é condição necessária à previsibilidade, segurança e calculabilidade jurídicas. Para sistematizar o estudo, os objetos aqui são: o próprio texto do artigo 196, marco normativo superior em torno do direito à saúde e a mais atual decisão do Supremo Tribunal Federal, que tem vinculado as demais esferas judiciais e a Administração Pública, ou seja, um *leading case* em torno de demandas sobre saúde. Enquanto a análise do artigo constitucional se mostra um ponto de partida natural, é relevante questionar, por outro lado, o que o Judiciário tem entendido sobre o direito à saúde, uma vez que sua decisão tem amplo impacto coletivo, ainda que a demanda seja originalmente individual. Esses dois constructos são referências ao se pensar em direito à saúde e envolvem um debate político sobre o bem comum, a escolha de distribuição e a alocação de recursos públicos escassos. Em suma, o objetivo é refletir sobre os significados do direito em questão e depois estabilizar seu vocabulário e questões de base, para cotejar e compreender como o discurso

judicante atual maneja as categorias de sentido selecionadas.

## 2. O direito à saúde “clássico”: os ideais sanitaristas

Em 5 de outubro de 1988, o Congresso Nacional, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a atual Constituição Federal, cujos dispositivos relativos ao setor de saúde não foram meros resultados de conjuntura, mas produtos de um amplo processo de discussão e politização. Na área da saúde, suas raízes remontam a algumas décadas anteriores, e fortificaram-se no movimento da Reforma Sanitária, que conferiu consistência doutrinária e propôs asserções organizativas e institucionais em relação ao campo da saúde (PIOLA, 2008, p. 97). Assim, considerando que a inscrição do direito à saúde, na Constituição, significa a culminância de um processo de lutas e conquistas do movimento pela democratização da saúde, a intenção deste tópico é contextualizar a compreensão do artigo 196 no processo Constituinte da Saúde (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 31).

Antes da Constituição de 1988, a organização do sistema público de saúde brasileiro era bem diferente do atual, e isso teve impacto no modelo médico e na forma de se compreender à época o direito à saúde. Posteriormente, quando se propuseram formas alternativas conceituais e organizacionais, que acabaram sendo de fato institucionalizadas na nova ordem jurídica de saúde, foi importante delimitar como a saúde era compreendida até a Constituinte. Para estabelecer novos parâmetros, era necessário entender como o campo sanitário funcionava, como se posiciona historicamente e que conceitos e categorias se reputam relevantes, diante da diversidade de conceitos atuais.

Do final do século XIX até a metade dos anos 1970, o *sanitarismo campanhista* era tido

como o modelo hegemônico de saúde. Esse sanitarismo tinha uma inspiração militarista, com um estilo repressivo de intervenção, de combate a doenças de massa, com forte concentração de decisões e com criação de estruturas *ad hoc*. Com o processo de industrialização e o conseqüente declínio do modelo econômico agroexportador, observou-se um movimento simultâneo de esgarçamento progressivo das ações campanhistas e de crescimento da atenção médica da Previdência Social, o que culminou na hegemonização do *modelo médico-assistencial privatista* (MENDES, 1995, p. 20).

Dessa forma, na década de 20, especificamente no ano de 1923, com a Lei Elói Chaves, o sistema de previdência social brasileiro passou a garantir assistência ambulatorial e hospitalar aos trabalhadores formais que contribuíam para a receita de Caixas e Institutos de Aposentadoria e Pensões, conforme a categoria profissional de cada trabalhador: ferroviária, industrial, comercial, bancária etc. O problema é que a maior parcela da população não integrava o mercado de trabalho formal ou era pobre, não estava vinculada a algum sistema de asseguramento e ficava excluída do sistema de saúde e dependente de serviços assistenciais públicos e serviços privados filantrópicos. Por outro lado, apenas uma parcela reduzida da população dispunha de recursos financeiros para pagar o serviço de saúde diretamente do prestador de serviço privado lucrativo (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 779). Assim, além do problema de acesso, marcou o período a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual.

Várias iniciativas governamentais foram desenvolvidas ao longo das décadas de 1970 e 1980, na tentativa de abrandar essa situação discriminatória. Em 1974, por exemplo, a Previdência Social protagonizou nova expansão no atendimento médico-assistencial, com o Plano de Pronta Ação (PPA), e, a partir de 1976, o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (PIASS). Ainda assim, antes do SUS, o sistema de saúde poderia ser caracterizado como excludente, baseado em uma racionalidade securitária, com forte hegemonia privada na oferta e ênfase nas ações de recuperação de saúde, e marcado por segmentações institucional e de clientela, uma vez que o Ministério da Saúde e o então Ministério da Previdência e Assistência Social tinham funções distintas e atendiam a públicos diferentes. Em regra, nesse período, a saúde era tratada como um estado de ausência de doença no indivíduo (HOCHMAN, 1998, p. 50); sua manutenção carecia de uma ação particular e de um complemento dos benefícios previdenciários, cujas ações e serviços sempre foram geridos e estabelecidos por gestores de outras políticas públicas.

Esse modelo médico-assistencial privatista (MELLO, 1977, p. 157-163), também chamado de liberal (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 47)

caracterizou esse período, com o predomínio da natureza discriminatória da política de saúde, já que se evidenciavam as desigualdades no acesso quantitativo e qualitativo entre as diferentes clientela urbanas, e entre estas e as rurais. Dessa forma, é interessante ressaltar que esse modelo tinha como principais características (AGUIAR, 2011, p. 36): o privilégio da prática médica curativa, individual, assistencialista, lucrativa, dispendiosa e especializada, em detrimento da saúde pública; a criação de um complexo médico-industrial, por meio da intervenção estatal; a consolidação da tecnoburocracia estatal e do “universalismo excludente” (MENDES, 1995, p. 23); a contínua expansão da clientela previdenciária; e o desenvolvimento de um padrão de organização da prática médica orientada para a lucratividade do setor de saúde, uma vez que visava à capitalização da medicina e à priorização do produtor privado desses serviços.

Diante desse contexto institucional, e tendo como pano de fundo uma profunda crise econômica, a política de saúde em vigor deparou-se com a incapacidade de combater dilemas coletivos e atender a brasileiros sem cobertura da previdência (LOTTENBERG, 2007, p. 31). Logo, tomaram força as críticas a esse modelo de serviços de saúde, bem como os debates a respeito do papel dos serviços de saúde como componentes do desenvolvimento social e da necessidade de construção de um novo modelo assistencial. Com efeito, espaços tanto políticos quanto institucionais foram abertos para o desenvolvimento do movimento contra-hegemônico da saúde que, nos anos 1980, viria a conformar-se como reforma sanitária brasileira (MENDES, 1995, p. 27). Além dos debates, houve no período uma série de experiências municipais e de universidades, no sentido da universalidade da atenção e integração das ações de saúde, as quais em conjunto resultaram no movimento sanitário.

Desse modo, todo esse projeto reformista do sistema de saúde foi unificado e ganhou identidade política de movimento sanitário ou movimento da Reforma Sanitária – terminologia, aliás, inspirada na experiência italiana, cujo modelo de reforma proposto era parte de uma estratégia contra-hegemônica, dentro do processo de transição política (redemocratização), com fundamento na democratização do Estado, na consciência sanitária, no modelo não individualista e na instituição da saúde como direito (OLIVEIRA, 1989, p. 19). Resumidamente, a Reforma Sanitária defendia alguns pontos doutrinários centrais que foram decisivos para a formulação dos artigos referentes à saúde na nova Constituição (CAMPOS, 1983, p. 60-62).

Mesmo com embates entre os que defendiam os interesses privatistas e os que lutavam pela saúde pública e estatal, essas propostas, discutidas e encaminhadas pelo movimento sanitário, acabaram representando o

conjunto de sugestões e reivindicações que o movimento sanitário apresentou no processo constituinte e que foram inscritas no capítulo da saúde da Constituição de 1988. Ressalta-se que a Reforma Sanitária não se reduz a esse ato ou às modificações técnico-administrativas e organizacionais; ao contrário, revelou importante papel na conjuntura pós-constituinte, com a consolidação do sistema único de saúde.

Nesse contexto, quanto ao processo de elaboração da nova Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde, e conforme o regimento interno aprovado, quatro fases sucessivas ocorreram para a conformação do texto final (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 53-84):

1<sup>a</sup>) na área da saúde, a Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente desempenhou o papel de “porta de entrada” do texto constitucional, cujo trabalho era “ouvir e debater com entidades da sociedade civil, lideranças e dirigentes institucionais as respectivas reivindicações e propostas e, posteriormente, elaborar um relatório que, votado e aprovado, seria apresentado como anteprojeto” (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 59). O objetivo de demonstrar esse processo é justamente ressaltar o fato de que, nessa fase, por meio de audiências públicas, as considerações derivadas da VIII Conferência, da Abrasco, da Cebes e das entidades sindicais reuniam o grupo mais numeroso e convergente, e o único que trouxe propostas de texto, ao passo que os grupos em defesa da prática liberal e da iniciativa privada e as posições dos ministros da Saúde e da Previdência Social apenas apresentaram argumentos e contra-argumentos. E isso foi determinante para a construção de sentido do artigo 196, uma vez que todas as fases ficaram condicionadas a esta.

2<sup>a</sup>) Depois, foi instalada a Comissão da Ordem Social em uma sessão solene, na qual foi feita a entrega oficial dos respectivos anteprojetos ao presidente da Comissão. Interessante é

que houve uma inovação não regimental e foi convidado um representante do movimento civil para fazer uma alocução a respeito das expectativas da sociedade sobre os temas específicos na Constituição. Também nessa fase, de forma não aleatória, a composição da participação popular estava vinculada ao movimento sanitário. Sobreveio, no entanto, um fato: diante da tendência progressista do anteprojeto, os setores conservadores, privatistas, tentaram obstruir a votação para impedir que fosse aprovado no prazo regimental e, conseqüentemente, para que a Comissão seguinte recomeçasse o trabalho desde a origem. Porém, essa estratégia foi evitada e o texto aprovado continuou, mesmo com algumas modificações técnicas, a conter a essência da proposta defendida pelo movimento sanitário, inicialmente, para a Saúde.

3<sup>a</sup>) A Comissão de Sistematização ficou, em seguida, encarregada de elaborar o projeto de Constituição propriamente dito, sem, para tanto, criar novos conteúdos, mas trabalhando a partir dos anteprojetos produzidos nas etapas anteriores. Como outra forma de participação popular, nessa etapa foram apresentadas Emendas Populares previstas regimentalmente e que necessitavam, cada uma, de pelo menos trinta mil assinaturas de eleitores para serem admitidas e merecerem um defensor para ocupar a tribuna da comissão. No entanto, a coleta de assinaturas enfrentou dificuldades, revelando uma fragilidade da Reforma, ou seja, certa distância das entidades realmente populares, de base, na sua prática cotidiana. Os partidos de esquerda e as entidades tradicionais da área, como Cebes, tiveram uma participação importante para conseguir tais votos. Mesmo com algumas mudanças em relação ao projeto inicial, a proposta do movimento, ao final, foi preservada.

4<sup>a</sup>) O projeto de Constituição aprovado pela Comissão anterior, ao ser apresentado ao

plenário da Assembleia Nacional Constituinte, teve sua discussão polarizada entre grupos de interesse públicos e privados. Os setores mais conservadores, ligados aos interesses patronais, ao setor hospitalar privado, às cooperativas médicas, ao setor liberal da medicina e ao governo, não se conformavam com o teor final do texto constitucional. Entretanto, como não havia previsão regimental para a apresentação de substitutivos globais, formou-se um bloco suprapartidário, o “Centrão Democrático”, o qual, alegando manipulação da Constituinte por setores minoritários, propôs um projeto de resolução para mudar o regimento interno, no qual seria possível apresentar emendas substitutivas que pudessem alterar completamente o texto. Tal medida não se viabilizou, e, ao fim, a Constituinte inscreveu na Constituição todas aquelas modificações que o movimento sanitário estava reivindicando havia alguns anos.

Assim, a partir de todo esse contexto de mudanças e críticas em relação ao modelo privatista-assistencialista do sistema de saúde adotado anteriormente, a formulação do texto constitucional foi inteiramente vinculado às propostas e ideias cultivadas pelo movimento sanitário, o qual dependeu relevante ação propulsora nos avanços conceituais e políticos na direção da democratização da saúde. Para entender o direito à saúde na Constituição, explicitado no art. 196, é conveniente desdobrá-lo:

“(1) A saúde é direito de todos e dever do Estado, (2) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas (3) que visem a redução do risco de doença e de outros agravos (4) a ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Em parte, o artigo constitucional é claro no sentido de preconizar, de forma geral, a ação positiva do poder público para oferecer con-

dições ao gozo e exercício do direito à saúde. Entretanto, esse direito não está plenamente definido e alguns elementos que o constituem também têm seu sentido aberto (SILVA, et al., 2008, p. 265). Assim, é importante saber que princípios doutrinários nortearam tais categorias – entre elas, direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas – presentes no artigo, e que são tratadas como referência necessária ao dispositivo constitucional por toda a literatura pesquisada.

## 2.1. Direito à saúde

A parte (1) do artigo 196, nesse caso, está conectada à noção de direito à saúde e ao próprio núcleo doador de sentido: a saúde como expressão de um processo democrático, não como mercadoria. Ambos os termos têm uma amplitude de sentido na Constituição, e isso “se prende ao fato de a saúde de um povo [acabar por] expressar a organização social e econômica do país” (SANTOS, 1997, p. 245). Assim, vale a pena tratar, um pouco mais detidamente, de cada categoria.

Na história mais recente do sistema de saúde brasileiro – diferentemente do modelo de saúde liberal privatista, no qual a saúde era compreendida como mercadoria –, para o modelo de saúde coletiva, defendido pelo movimento sanitário na atual organização e concepção do sistema de saúde brasileiro, a saúde é entendida como direito de cidadania e expressão de um processo resultante do modo de inserção do indivíduo e dos grupos sociais. Desse modo, como um estado complexo de construção individual e social, a saúde deixa de ser encarada como um bem passível de troca em um mercado, ou como a ausência ou retirada de doença de uma pessoa, como efeito do consumo de medicamentos (LEFEVRE, F.; LEFEVRE, A., 2004, p. 28). Rejeitam-se as visões biologistas,

idealista (OMS) e utilitarista, e é entendida numa perspectiva de uma articulação de políticas sociais econômicas. Logo, “saúde não tem apenas o significado de equilíbrio orgânico, mas é o resultado da qualidade de vida de um povo, das políticas adotadas pelo Estado, não podendo o setor de saúde, exclusivamente, ser responsabilizados pelas condições de saúde da população” (SANTOS, 2003, p. 97).

Em resumo, o debate atual no campo sanitário brasileiro traz uma dimensão importante a ser considerada: o fato de que a sociedade apenas proporciona diferentes oportunidades de saúde e de que é ela mesma que distribui tais oportunidades, não apenas o sistema administrativo de saúde.

Nesse sentido, quanto ao conceito de direito à saúde, nota-se que também há uma pluralidade de sentidos dos quais aquele direito pode revestir-se. Apesar de alguns autores defenderem que uma Constituição verdadeiramente democrática não necessitaria de uma parte dedicada ao tema da saúde, esse direito foi institucionalizado constitucionalmente para demarcar uma luta política e uma garantia cidadã há muito almejada, e para reforçar a compreensão da saúde como uma expressão individual e coletiva da distribuição equânime dos bens públicos – o que faz com que o direito à saúde não seja apenas um dos vários temas e meramente represente um dado setor, mas passe a compor o projeto coletivo, os objetivos da nação (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 91).

Percebe-se que a compreensão do direito à saúde, na Constituição Federal, decorre de alguns pilares consagrados pelo próprio movimento sanitário. Entre eles, o dever para saúde cabe essencialmente ao Estado, como direito de inclusão na comunidade política e como dimensão pública dos indivíduos, que retoma a mediação entre Estado e sociedade (FLEURY, 1997, p. 32). Entre aqueles pilares,

estão ainda os critérios de justiça igualitária e universal e os limites distributivos, em relação ao acesso aos serviços de saúde. Apesar de os limites distributivos não terem sido explicitados na Constituição, isso não significa que seja impossível presumi-los para o sistema de saúde. Afinal, “há uma matriz definida de pensamento sobre justiça distributiva, que é a matriz do coletivismo igualitário” (NOGUEIRA, 2011, p. 33). Esses pilares e formas de conceber a saúde representam a própria finalidade da norma: resgatar uma dívida social com a cidadania e superar a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual, a partir de uma matriz distributiva de coletivismo igualitário.

Já se observou, à época do movimento reformista, que há limitações ao uso desse direito, pois, por exemplo, haveria deficiências e doenças que não seriam passíveis de prevenção. Dessa maneira, é importante evidenciar que o direito à saúde, com acesso igualitário, assegura que há uma diferença entre equidade em saúde e equidade no consumo de serviços de saúde. As equidades em saúde refletem o grau de igualdades sociais, cujas determinantes são mais complexas, não sendo o acesso aos serviços de saúde suficiente para diminuir as desigualdades no modo de viver e adoecer. A equidade de consumo, por sua vez, não significa todos os recursos disponíveis para todas as demandas feitas, mas sim uma política assistencial que garanta acesso universal e equitativo, representando uma estratégia redistributiva de uma política de proteção social.

O direito à saúde foi incluído, portanto, no conjunto de Direitos Sociais, artigo 6º da CF, no sentido de que, para a administração pública, há a responsabilidade de elaborar programas operacionais que garantam a atenção à saúde de toda a população – e, para a população, a possibilidade de exigir, individual ou coletivamente,

a consecução desse direito. Assim, não se critica, tampouco se nega, que o direito à saúde negado administrativamente pode ser requerido frente ao poder público competente. O que se depreende, entretanto, é que há limites, critérios e princípios a serem seguidos pelo Estado e pelos cidadãos, mesmo porque o direito à saúde como direito social, nas sociedades democráticas, é apenas um capítulo do tema mais abrangente da justiça distributiva (LOPES, 2006, p. 222).

## **2.2. Universalidade**

É um instrumento de inclusão social e uma garantia constitucional de acesso às ações e serviços de saúde a todos que respeitem as portas de entrada do sistema (a organização jurídico-administrativa do sistema de saúde), que devem ser definidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Ou seja, todas as pessoas, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (renda, sexo, idade etc.), independentemente de vínculo previdenciário ou qualquer tipo de seguro-saúde, têm o direito de viver em condições salubres e de acesso ao sistema público de saúde. “A universalidade do direito de acesso diz respeito ao direito de utilizar o sistema. Este poderá ter regras de funcionamento para ordenar o acesso, (...) desde que não constituam forma explícita ou velada de exclusão” (NOGUEIRA, 2011, p. 112).

Pode parecer um truísmo, mas vale lembrar que o funcionamento do sistema de saúde que vigorava antes da reforma e da nova Constituição era bastante diferente, pois as ações e serviços de saúde eram considerados apenas benefícios previdenciários pontuais e somente a alguns segmentos da classe trabalhadora; muitas pessoas não tinham acesso a tais serviços, a não ser como pagante individual ou como indigente. A universalidade está, desse modo, diretamente vinculada à forma de compreender o sujeito destinatário da norma e complementa o núcleo doador de sentido do artigo constitucional em questão.

A universalidade, inclusive, que rompe com a ideia de racionalidade de seguro que o modelo privatista anterior à Constituição continha. Isso porque a universalidade está atrelada “a um esquema protetivo amplo, moldado a partir da constatação, até certo ponto óbvia, de que sem a superação da miséria e das desigualdades não há bem-estar e nem justiça social” (BALERA, 1989, p. 35). Ou seja, seriam vazios de sentido os artigos constitucionais, como o artigo 196, relativos à proteção social, se não pudessem ser aplicados a todos os cidadãos. Para tanto, é necessário que o Estado adote instrumentos de planejamento de modo que sejam realizados estudos situacionais e propostas de solução dos problemas de cada comunidade.

## 2.3. Integralidade

A integralidade, desde sua concepção e ao longo dos debates ocorridos em meados dos anos 1970 e 1980, era de complexa operacionalização e com várias significações. Conforme a Lei nº 8.090/1990, a integralidade de assistência é um conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, coletivos e individuais, ofertados aos cidadãos pelo sistema público de saúde em todos os níveis de complexidade do sistema. Juntamente com a universalidade, a integralidade é um dos princípios doutrinários do SUS, que condicionam o conceito de direito à saúde, muito embora não venha expressamente prevista no artigo 196. A integralidade, entretanto, não é apenas uma diretriz do SUS, com base constitucional, mas uma bandeira de luta que remonta ao movimento sanitário e que se refere a um conjunto de valores e a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Insere-se no espaço mais amplo de seguridade social, como uma expressão coletiva que ganha forma e expressão no espaço de encontro entre os diferentes sujeitos implicados (GUIZARDI; PINHEIRO, 2004, p. 37). “A integralidade da assistência tem parentesco próximo ao conhecido dito de justiça distributiva: ‘a cada um segundo a sua necessidade’” (NOGUEIRA, 2011, p. 19).

Para haver a integralidade de assistência, é preciso uma articulação entre as ações de prevenção, promoção e recuperação no cuidado prestado aos cidadãos que utilizam os serviços do SUS. Desse modo, os indivíduos não são soberanos para decidir quando desejam consumir os serviços de saúde: buscam-nos quando deles necessitam; além disso, não podem tais ações públicas de saúde ser reservadas “apenas e na quantidade que alguém possa individualmente financiar, mas, na medida da necessidade dos indivíduos e das coletividades” (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 39).

Para tanto, a integralidade da assistência deverá pautar-se em regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para a incorporação de tecnologia e protocolos farmacológicos (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 144-145), a serem definidos pela União e Estados, por critérios de efetividade e aceitabilidade social. O padrão de integralidade é pactuado pelo consenso interfederativo e de acordo com os recursos orçamentários (observada a Emenda Constitucional nº 29/2000). Sob esse ponto de vista, a integralidade é um conceito que não admite toda e qualquer medida terapêutica existente ou demandada, seja por paciente ou profissional da saúde. Afinal, os custos da saúde sempre serão crescentes e os recursos, escassos.

É bem verdade que as questões de prioridades e limites de atendimento pelo SUS tendem a ficar obscurecidas pelo primado da integralidade. Em geral, ela exige que as demandas prioritárias sejam determinadas a partir das necessidades de cada caso, e não de regras institucionais gerais. Todavia, diversas prioridades institucionais de atendimento têm sido criadas, ao longo da gestão do SUS, principalmente, por motivos ligados à disponibilidade de recursos. Isto é, ao mesmo tempo em que se estabelecem prioridades, também são definidos limites distributivos, os quais se impõem pela finitude dos recursos. Atualmente o SUS tem a necessidade de criar mecanismos de gestão e planejamento “que tornem mais explícitas suas prioridades e limites assistenciais, fornecendo garantias de atendimento para que seja definitivamente afastada a falsa impressão que pode dar tudo a todos, quando nem sequer consegue tornar público aquilo que garantidamente pode oferecer” (NOGUEIRA, 2011, p. 26).

Logo, os sistemas de saúde não devem, nem podem, ofertar a todas as pessoas a totalidade de serviços disponíveis. Aliás, é nesse sentido que a assistência farmacêutica deve ser e é regulada

por meio de protocolos públicos, “para que o SUS não se transforme numa imensa farmácia pública e quebre o conceito de integralidade da assistência, (...) uma vez que é impossível que o SUS garanta TUDO a todas as pessoas” (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 149). Dessa maneira, alguns sanitaristas apontam que a integralidade da assistência tem sido rompida pelo Poder Judiciário quando concede medidas liminares em ações que visam à garantia do direito à saúde de forma transversa (MARINHO, 2009, p. 107). Consideram que não é possível ao cidadão violar princípios e diretrizes do sistema, via Poder Judiciário, e desprezar o princípio da igualdade.

## 2.4. Políticas públicas

Quando o artigo 196 prevê o direito à saúde como um “dever do Estado” não está referindo-se apenas à execução das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, como algo que, em regra, não tem efeitos visivelmente imediatos. Está, em verdade, consolidando um preceito de grande impacto político: o dever de formular e executar políticas públicas, econômicas e sociais, que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal, integral e igualitário.

As políticas públicas, em regra, podem ser compreendidas como instrumentos de realização de direitos. No entanto, diante das várias maneiras de concebê-las, é necessário parametrizar esse conceito, importante para entender a aplicação do artigo constitucional. Afirmam Silva e Araújo (2010) que, apesar de haver uma predominância inicial do enfoque jurídico ou legalista, e depois do enfoque formalista da administração, nenhum deles consegue oferecer elementos suficientes para o entendimento da maior parte das políticas públicas. Esses autores propõem, assim, uma definição mais ampliada,

em registro situacional, a partir do raciocínio das ciências históricas: as políticas públicas são o conjunto de decisões públicas, situacionais e estratégicas, “que objetiva, por ações e omissões, preventivas ou corretivas, manter ou modificar a realidade social, por meio de objetivos e estratégias de atuação e alocação de recursos necessários para atingir objetivos”, cujos pressupostos de análise são um exame histórico e contextual, uma avaliação abrangente, e processos não reduzidos às construções jurídico-formais (SILVA; ARAÚJO, 2010, p. 26).

Assim, considerando que uma política pública não pode ser entendida senão em referência plurilateral e nas disputas em torno do bem comum (LOPES, 2006, p.128), o direito à saúde vai além do acesso individualizado à assistência médica e aos serviços de saúde, para englobar o conjunto de políticas públicas que visam à melhoria das condições de vida de toda população – uma compreensão social da saúde que não se amolda à mera noção utilitarista de bem-estar e que acaba ficando intimamente ligada a uma visão epidemiológica da determinação social da saúde. A política de saúde é uma política social (art. 6º da Lei nº 8.080/1990), parte integrante da seguridade social, e que, diferente da lógica do seguro, está “calcada no princípio da solidariedade, [pois] seu financiamento é feito por toda a sociedade e a oferta da atenção à saúde e à assistência social é assegurada a todos” (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 40) (art. 194).

Diz-se, então, que as políticas de saúde, a partir da Constituição de 1988, passaram a seguir outra trajetória. Impulsionadas pelo projeto de reforma sanitária, inscreveram-se nos textos jurídico-legais mandamentos inspirados no modelo institucional-distributivo, voltado para a produção de bens e serviços sociais “extra-mercados”, os quais são garantidos a todos os cidadãos universalmente cobertos e protegidos, respeitando mínimos historicamente defendi-

dos de necessidade e condição de vida – ainda que, na realidade, tenham permanecido algumas práticas sociais derivadas de um modelo residual, no qual a intervenção estatal é limitada e *ex-post* aos canais de satisfação das necessidades, como o mercado e a família (MENDES, 1995, p. 81-82).

As ações e serviços de saúde (definidos no art. 200 da CF e no artigo 6º da Lei nº 8.080/1990) são constitucionalmente previstos como de relevância pública (art. 197). Rompem com uma tradição corporativa e ingressam numa linha de reconhecimento de direito de cidadania, na qual a universalidade, a integralidade, a isonomia e a racionalidade na distribuição dos fármacos estão inseridas numa estratégia complexa e abrangente. As medidas necessárias são tomadas de acordo com a segurança dos usuários, com o perfil endêmico da sociedade e não podem ser simplificadas, de maneira que a prestação de um determinado serviço da área de saúde, como o fornecimento de determinado remédio, represente uma ação isolada, não compreendida dentro do sistema único.

A participação da comunidade na definição da política de saúde, no controle de sua execução e na gestão do SUS é uma das características democráticas desse modelo de saúde pública (PEREIRA, 2005, p. 257). Entre as formas de participação social, estão: as conferências de saúde, que avaliam a cada quatro anos a situação da área de saúde e propõem diretrizes para a formulação de políticas públicas; e os conselhos de saúde, os quais atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde (SILVA; ABREU, 2002, p. 7-26).

### **3. O direito à saúde vinte e cinco anos depois: o conceito judicializado**

A Constituição de 1988 cristaliza várias diretrizes para a realização de políticas públicas e prevê ainda uma série de direitos individuais e sociais, em um título dedicado à ordem social. Por sua vez, a cultura jurídica continua operando com a percepção de que o direito também é produzido pelas decisões dos tribunais (CASAGRANDE; FREITAS FILHO, 2010, p. 23). De fato, no Brasil, o Judiciário tem o poder de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos em todas as esferas de governo, e em todos os níveis de jurisdição. O controle jurisdicional de constitucionalidade em disputas envolvendo o Estado tramita por todos os tribunais regulares, não por cortes administrativas (tribunais superiores de matérias exclusivamente administrativas), e tem o Supremo Tribunal Federal como última instância (LOPES, 2006, p. 224).

Nesse contexto, a grande mudança no quadro institucional brasileiro não está apenas na existência de uma carta de direitos sociais, que já fazia parte inclusive das Constituições de 1946 e 1967, nem no controle

de constitucionalidade, mas na canalização crescente de demandas “políticas” para o sistema judicial (LOPES, 2006, p. 225). Isto porque uma boa parte da discussão jurídica sobre os direitos sociais gira em torno da história de negligência em relação à implementação desses direitos e, principalmente, da atual dificuldade ou lentidão da distribuição de bens comuns pelo processo legislativo e pela Administração Pública, uma vez que são a formulação e a execução das políticas públicas os principais meios de efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional (LOPES, 2008, p. 279).

Na falta dessas duas ordens de solução, tem havido, nas últimas décadas, um crescente movimento no sentido da judicialização da política, na qual a tensão entre práticas distributivas e direito posto se transferiu para os debates judiciais (LOPES, 2004, p. 197-251). Ou seja, o Judiciário envolve-se, mais e mais, na distribuição de custos da produção de bens coletivos, pois enfrenta a questão de ter que dar respostas normativas às demandas, para todos os casos de violação de direitos de bem-estar social (saúde, previdência social e assistência social), de vários grupos sociais que, sob os termos da declaração de direitos fundamentais da Constituição, aspiram a vê-los realizados, e ter exigidas as promessas legislativas. Logo, esse movimento de judicialização trouxe aos tribunais, ao menos em parte, questões que exigem decisões coletivizadas, as quais, em síntese, passam a valer para muitos que não participaram diretamente delas (LOPES, 2004, p. 197).

A proposta aqui, ressalte-se, não é negar às demandas individuais a normatividade e a aplicabilidade do aparato constitucional que garante o direito à saúde, nem contestar a possibilidade e a legitimidade de o Judiciário determinar prestações positivas ao Estado, tampouco discutir a centralidade do juiz na efetividade dos direitos, se ativista ou protagonista, e muito menos verificar o reflexo desse fenômeno na separação de poderes. Trago a questão da judicialização, não como argumento de defesa ou combate, mas como um fato e um ponto de discussão que permeia a definição do direito à saúde e que contextualiza a decisão do Supremo Tribunal Federal. A importância da judicialização é que ela dá nova visibilidade para certas demandas, coloca-as sob a linguagem própria do direito e exige um sistema específico de argumentos e de fundamentação judiciais. As demandas distributivas passam a fazer parte, então, de um contencioso social, isto é, um lugar em que são discutidas sob a égide do direito, mas continuam visando a garantir a cada um sua participação na distribuição dos benefícios (bem comum) e do ônus (impostos, riscos e danos) (LOPES, 2006, p. 134, 165-167).

O propósito deste trabalho não é fazer uma abordagem teórica completa sobre o problema da judicialização, mesmo porque o proble-

ma não está na intervenção judicial, mas na constituição de regra heterônoma judicial em torno da política pública. Diante da fronteira entre várias maneiras de se decidir sobre os direitos sociais – e desse contexto que levou o Judiciário a assumir, querendo ou não, funções distributivas –, há necessidade de analisar o que tem sido decidido recentemente sobre o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal, que é a instância que vincula as demais esferas judiciais e a Administração Pública. Aliás, a decisão escolhida é uma das decisões que servem de base para a proposta de Súmula Vinculante nº 4; além disso, ela diz respeito ao recurso da decisão da presidência sobre suspensão de tutela antecipada julgada após a convocação da Audiência Pública sobre saúde; é aquela que prevê também alguns argumentos do processo (RE 566.471) sobre o qual foi reconhecida a repercussão geral em matéria de saúde pública (LEIVAS, 2011); e é prevista, além de tudo, como uma das decisões de referência, ao artigo 196, da Constituição anotada (de jurisprudências) e institucional do próprio Supremo.

Em 2010, no auge da discussão sobre a judicialização do direito à saúde, o pleno do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre uma Suspensão de Tutela Antecipada (STA), nº 175, proposta pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal. O que estava em jogo era a possibilidade de se alocar fundo comum (no caso, a saúde pública e suas verbas), pela via da concessão individual de medicamento de alto custo. O caso é sobre uma jovem de 21 anos de idade que apresentava uma patologia chamada Niemann-Pick – Tipo C, uma doença neurodegenerativa rara, a qual teria sua progressão contida apenas com a utilização do medicamento miglustato (Zavesca), orçado em R\$ 52.000,00 por mês, o qual, mesmo detentor de registro na Anvisa, é considerado pela política farmacêutica da rede pública

como fármaco de alto custo, mas que não está contemplado na listagem dos medicamentos excepcionais distribuídos pelo poder público.

Na época, o Ministro Gilmar Mendes ocupava o cargo e, devido à quantidade de recursos similares, convocou Audiência Pública sobre o assunto (que ocorreu em seis sessões, no período de 27 de abril a 7 de maio de 2009). Como resultado, o pedido de suspensão da tutela foi monocraticamente indeferido. Em consequência, a União recorreu mediante Agravo Regimental à decisão que julgou a STA, cujo acórdão também decidiu, mais uma vez, pelo indeferimento pedido de suspensão. Por assentar a questão, é este o acórdão que será objeto de análise aqui.

O principal aqui não é saber se o STF concede ou não medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados em juízo, e sim analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração uma reflexão sobre igualdade, justiça distributiva, bem comum e custo social dos direitos. Nesse sentido, trata-se de uma questão de importância prática fundamental saber quais critérios morais e distributivos os juízes utilizam para julgar casos que envolvem decisões políticas, como o direito à saúde. Em outras palavras, as escolhas políticas precisam ser discutidas, assim como a definição de quais valores que agregam a sociedade devem ser priorizados, pois o foco é a possibilidade de discussão crítica dentro de um ambiente democrático. Dessa maneira, mesmo que a decisão seja resultado de um ato de vontade subjetivo do juiz, admite-se a possibilidade de haver um critério decisório que permita o controle crítico das decisões judiciais, até porque o direito conforma a realidade baseado na ideia de consenso e de estabilização de perspectivas mútuas.

Assim, primeiramente, observo que, para fins deste trabalho, não é justificável nem adequado que uma decisão judicial se afaste da

origem histórico-teórica da norma, tal como se pôde verificar na decisão analisada. Isso porque, se o Judiciário vai interpretar e amoldar conteúdo ao direito à saúde, tem de fazê-lo sob um compromisso de coerência com a origem do conceito, ou melhor, em conformidade com a história ou, como defende Dworkin (2007, p. 273), com a integridade. Esse olhar hermenêutico histórico, que busca significado do texto, inclusive na semântica do “não dito”, combina elementos que se realizam temporalmente no presente (RICOEUR, 1994, p. 13-35), mas que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro.

Desse modo, conforme se depreende do acórdão analisado, até pode ocorrer de, no mundo dos fatos, uma decisão afastar-se da construção histórica do dispositivo, mas prescritivamente o ideal é que, como parte importante do critério decisório, sua reflexão básica sobre o sentido do direito à saúde compreenda o ponto de partida estabelecido pelo constituinte para o artigo 196 (LOPES, 2010, p. 323).

Em geral, o STF caracteriza o direito à saúde como um direito subjetivo – considerado um direito de ação absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado e as demais pessoas, e justificado, em síntese, por um interesse pessoal emergencial. Deve-se compreender que o direito subjetivo foi concebido como um interesse protegido (LOPES, 2006, p. 283); é um direito não recíproco que garante a esfera individual, e está diretamente relacionado com o direito de propriedade, de liberdade, e com o individualismo jurídico. O direito subjetivo por excelência funciona quando se trata de duas partes identificadas, isto é, baseia-se nas relações de *trocas individuais*, e, essencialmente, sobre conflitos de *retribuição ou reparação (indenização) de bem divisível* (LOPES, 2008, p. 275). São relações bipolares nas quais a disputa é sobre um bem que não pode pertencer simultaneamente a dois

indivíduos, cujo remédio judicial (conflitos resolvidos por adjudicação – decisão judicial – ou arbitragem) é mais tradicional, assim como a postura do Judiciário em relação a esse direito (de instituição desenhada para dirimir conflitos bilaterais sobre fatos precisos e passados) (LOPES, 1994, p. 128).

O fator que mais interessa aqui é que esse direito subjetivo, no âmbito da justiça como virtude, utiliza instrumentos de *justiça particular comutativa (ou retributiva)*, na qual a distribuição é igual apenas entre indivíduos envolvidos nas trocas de bens ou mercadorias, e a qual dirige os chamados “jogos de soma zero”, ou seja, aqueles em que o resultado pertence integralmente a um vencedor, e a decisão tem, primordialmente, um caráter binário (lícito-ilícito; concessão do medicamento–não concessão) e tendem a decretar ordens cujo cumprimento é na forma tudo ou nada, que avaliam, em suma, apenas duas alternativas. Dessa forma, os direitos subjetivos afirmam-se independentemente dos deveres particulares, o que geraria uma desvinculação entre benefícios e ônus – e, assim, um caráter de potencial irresponsabilidade. A consequência é perversa: o sujeito de um direito subjetivo fundamental pode exercê-lo *contra mundum*, sem que seu direito esteja condicionado ao alcance social de seu exercício; nesse compasso, a solução judicial dos conflitos vai-se deslocando da sua essência coletiva para uma forma de justiça privada (LOPES, 2006, p. 144, 156).

Em contrapartida, os direitos sociais, como o direito à saúde, são compreendidos como direitos de distribuição, direitos a participar de algo comum; quando comparados com os direitos subjetivos, diferem em natureza, utilizam remédios distintos e pedem mediação e negociação. Em outras palavras, eles foram concebidos como interesses não protegidos e para *não* serem fruíveis ou exequíveis indivi-

dualmente, pois de regra realizam-se pela provisão e *partilha dos bens comuns ou de bens escassos*, e têm sua eficácia dependente da atuação concreta do Executivo e do Legislativo, por apresentarem o caráter de generalidade e publicidade, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Em termos contemporâneos, a *justiça particular distributiva*, a partir da qual esses direitos são entendidos, dirige as regras de um “jogo de soma não zero”, baseado em uma igualdade proporcional e cujo resultado é uma forma de participação/cooperação (caráter plurilateral, não binário): o ganhador tem mais, mas não pode excluir o perdedor (LOPES, 2006, p. 253, 128, 146).

Portanto, a justiça distributiva volta-se, como parâmetro de uma melhor decisão possível, para uma solução de compromisso, de modo a tornar possíveis os vínculos de solidariedade social, sob uma reflexão do que pode ser socialmente melhor ou pior no futuro, no curto, no médio e no longo prazo. Por conseguinte, as partes do processo não representam adequadamente os dois únicos interesses possíveis sobre o bem, o direito, porque nesses conflitos distributivos está em jogo a relação entre o todo e as partes (a relação entre o comum e o particular), a divisão ou apropriação individual do fundo social comum, e organização social, apesar de eventualmente trazida em um dado litígio.

Assim, considerando que o direito à saúde, como direito social, só pode ser adequadamente compreendido a partir de uma perspectiva pública e social, não individual, nem mesmo corporativista, surgem problemas ao compreender tal direito como se fosse subjetivo, ou melhor, como aplicável numa outra lógica, comutativa em vez de distributiva. Em outros termos, interpretar o direito à saúde de forma que não seja distributiva poderia implicar a convalidação de entendimentos individualistas e falaciosos sobre o direito, no sentido de que “eu tenho, não devo perder, o que sempre tive deve continuar a ser meu, e as regras que me permitem ter cada vez mais devem ser mantidas, (...) e qualquer limitação ao meu estado de liberdade [e de vida] é uma tirania” (LOPES, 1994, p. 140). Dessa maneira, caso o sistema social, por razões de natureza econômica, política e sociocultural, não consiga distribuir, proporcionalmente, por meio de critérios isonômicos e objetivos, os bens e custos sociais, o Judiciário não poderia alocar esses mesmos ganhos sociais, premiando os espertos, os bem-nascidos, os que têm acesso à jurisdição etc. – porque, nesse caso, naturalmente a aplicação de um juízo de justiça ficaria comprometida (LOPES, 1994, p. 141).

Logo, a solução para o caso do direito à saúde, em determinada dimensão, requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma indenização monetária, mas um fazer ou prover um serviço público. Desse

modo, toda essa análise sobre a justiça e o direito à saúde, nos termos dos direitos sociais e subjetivos, após a exposição do *leading case*, serve para mostrar que há considerações mais complexas e profundas sobre a alocação de recursos e sobre a interpretação do dispositivo constitucional, que geram consequências sérias. Elas deveriam ser debatidas, ou ao menos observadas, pelo Tribunal. Entre elas:

I – O fato de que, às vezes, a distinção entre o comutativo e o distributivo se esfumaça, ou que o conflito distributivo é predefinido como se fosse comutativo (bilateral), existe de modo a facilitar a adjudicação; mas isso não implica a alteração da natureza do conflito: na origem, o problema continua sendo distributivo e demanda soluções correspondentes. Nesse contexto, há uma crítica implícita ao sistema judiciário e sua relação com a democracia, cujo foco estaria na dificuldade da Corte em traduzir as questões relevantes dos direitos sociais nos termos tradicionais de uma disputa judicial. Ao decidir os casos em bases individuais, ou seja, ao criar precedentes em bases individuais, o grande risco é o STF julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva, podendo, até mesmo, invalidar normas (como as diretrizes e protocolos clínicos na decisão em questão) cuja razão de ser é, necessariamente, distributivista e coletiva (LOPES, 2006, p. 227, 134).

II – Devido às teorias de direito subjetivo que dominam a discussão e à dinâmica do processo constitucional bilateral (em geral, construída a partir de um antagonismo dual), não se nota nos argumentos dos ministros o tema da universalidade e o do gozo simultâneo dos direitos e dos custos desses direitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal mostrou ficar mais à vontade para julgar o caso a favor do indivíduo, e menos sensível para tratar de um problema central do regime democrático: a isonomia universal. Todavia, pela natureza dos conflitos distributivos sobre direitos sociais, dever-se-ia observar que, “em palavras da tradição jurídica, bens coletivos, ou públicos ou comuns são necessariamente fornecidos *ut universi*, e não podem comodamente ser fornecidos (nem custeados) *ut singuli*” (LOPES, 2006, p. 99, 195, 255), sob pena de reforçar uma dinâmica social de exclusões ilegítimas, de não-cooperação e de valorização do particular sobre o público.

III – Caso o Judiciário se permita estabelecer, como uma regra a ser seguida na tomada de decisão judicial, quais terapias e medicamentos devem ser distribuídos caso a caso e, para tanto, previstos dentro da genérica previsão orçamentária para a pasta da saúde – de maneira, portanto, alheia à discricionariedade do administrador, a quem cabe determinar, dentro dos limites de possibilidade do Orçamento, os objetivos do SUS e quais as providências distributivas à vista do bem comum –, a consequência seria uma inadmissível “corrida” judicial, um comportamento multiplicador de

todos aqueles que, em situação idêntica, necessitam de algum tratamento e/ou estão na fila de espera do SUS, e podem fazer o mesmo pedido aos tribunais, impossibilitando, dessa forma, estabelecer um espaço público de respeito. Assim, se alguns pedidos isolados não têm o condão de trazer maiores problemas para as finanças públicas, ao abrirem precedentes, podem acarretar um grande impacto às contas públicas.

IV – Somando todos esses fatores – o uso de mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente para a distribuição de bens comuns; a utilização de lógica e categorias apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça distributiva; e a constituição de regras e critérios de decisão que não podem ser replicados a todos e que geram um comportamento social desagregador –, e considerando que os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva, evidencia-se uma consequência dramática: a proteção judicial do chamado “efeito carona”, isto é, um comportamento predatório individualmente racional de maximizar a obtenção do benefício, mas sem o compartilhamento do ônus social, o que claramente proporciona uma distribuição injusta, uma forma de discriminação (retirando de uma determinada classe certos indivíduos. Nessa situação, o direito requerido individualmente costuma ficar atrelado à percepção de “privilegio” ou “imunidade” (isenção) das imposições gerais (direitos e deveres) – as quais foram, em verdade, construídas em sentido inverso: visavam à distribuição *equânime* dos custos e dos recursos do *bem comum*.

Percebe-se, assim, uma distinção entre a percepção da Reforma Sanitária e a dos ministros-relatores do STF. Por conseguinte, um descompasso, uma divergência, na predicação de juízos jurídicos sobre a concessão pública de medicamento de alto custo, de um recurso co-

letivo, pode ser gerado. Se o artigo 196, por um lado, detém um significado descritivo (HARE, 2003, p. 11), analítico e que tende à estabilidade semântica – como se pode ver nas expressões: “direito de todos”, “dever do Estado”, “política pública”, e “serviços de promoção, proteção e recuperação” –, por outro lado, como discurso prescritivo (imperativo) que é, detém ainda um significado avaliatório, o qual, ao contrário do primeiro, necessita de um juízo sobre seu objeto. Desse modo, é sintético, pois sua compreensão sintetiza vários aspectos que não estão necessariamente expressos no preceito constitucional, mas que ainda assim o constituem. Observa-se que os ministros utilizaram, como significado valorativo do direito à saúde, a dignidade da pessoa humana e a melhoria da qualidade de vida.

O problema é que, ao não precisar a extensão do direito e ao gerar determinadas regras decisórias que valorizam a precedência do direito com base em categorias tão abertas de sentido, tornaram o critério de decisão como se fosse vago e indefinido (tendo seus conceitos legais basilares esvaziados), ou seja, impedindo que seja universalizável. E isso porque, na prática, é um critério limitado, que não admite ser compreendido da forma mais abrangente possível, já que depende do orçamento e da distribuição de recursos escassos. Logo, se for entendido como os julgadores propõem, não conseguirá ser aplicável a todos que conseguem acesso à jurisdição (à possibilidade de ajuizar uma ação), e/ou conseguir representação do Ministério Público (que se tem firmado como um ator influente no assunto), quanto mais aos 190.376.496 brasileiros (IBGE, 2011). Nesse sentido, uma vez não universalizável, não é isonômico, tampouco consequencialista (LOPES, 2010, p. 344), pois o ministros acabam por decidir que alguns ganharão sem pensar em quem perderá (*fiat justitia et pereat mundus*) (WANG, 2008, p. 563).

#### 4. Conclusão: qual versão do conceito nos define?

Não é nova, tampouco desconhecida, a teoria de que o processo interpretativo do sistema jurídico se assemelha a um romance, no qual diferentes escritores, em diferentes momentos, contribuem para composição do corpo normativo, respeitando, para tanto, a integridade e a coerência dos capítulos previamente escritos (DWORKIN, 2007, p. 275). Nesse sentido, a Constituição de 1988, como parte essencial do novo romance institucional, consolidou valores e anseios e parametrizou conceitos e as bases determinantes para a formação dos diversos capítulos da ordem social democrática.

Assim, seja pela linguagem que utiliza, compreendido em toda a sua disposição, seja pelo contexto dos direitos sociais que o origina, seja pela luta política dos sanitaristas que pensaram na definição constitucional do direito à saúde, o artigo 196, diferentemente da decisão judicial analisada, apresenta um *sentido coletivo* para o direito em questão, isto é, no preceito normativo há previsão de uma determinada concepção moral desse direito. Dessa maneira, mesmo que o acesso universal e igualitário não tenha sido discutido profundamente pelo Tribunal, nem por isso pode ser refletido no sentido de tudo para todos, e, sim, em uma noção de coletivização da política de garantia à saúde, a qual não parece ser apropriável individualmente como um direito de primeira geração – vale dizer, contra todos –, mas sim *com todos*.

O interessante dessa análise sobre as complexidades filosóficas que envolvem o direito à saúde é a compreensão de que é possível haver um projeto político de sociedade que, muito embora tenha como seu núcleo norteador o indivíduo, consegue perceber os direitos prestacionais de maneira coletivista, ou seja, considera o grupo social e as instituições basilares como elementos primordiais na tomada de decisão, para garantir a chave coletiva de compreensão dos direitos. Logo, caso se restaurasse a definição original (histórica) do direito à saúde, para a definição contemporânea de seu sentido, parece que haveria uma tendência muito forte do dispositivo constitucional de identificar-se com essas posições morais mais coletivistas, o que exigiria uma reflexão em torno não apenas das consequências práticas das decisões judiciais sobre demandas individualizadas, como também um esforço hermenêutico da Corte em tentar definir que valores atualmente contextualizam o direito à saúde, de forma que a isonomia entre os destinatários da norma não seja maculada.

Talvez o conceito clássico ainda possa contribuir muito em nosso ordenamento, antes de ser revisitado. Assim como no enredo de *Tristão e Isolda*, em qualquer versão em que os dois foram retratados, não se sabia se a vida era maior que a morte, tampouco se sabe plenamente, no caso do nosso conceito revisitado, se a concepção judicial contemporânea é a

ideal e se prepondera sobre aquela outrora discutida na reforma sanitária pré-constitucional. Contudo, tal qual a convicção de que o amor é maior que tudo na estória, a luta por um pacto coletivo igualitário, democrático e comprometido deve prevalecer na nossa história – preferencialmente, em todas as suas versões.

## Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. *Tradição, direito e política*. Brasília: [s.n.], 2008.
- AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde (SUS): breve história da política de saúde no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. São Paulo: Martinari, 2011.
- BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006.
- CAMPOS, António Correia de. *Saúde: o custo de um valor sem preço*. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1983.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 187, jul./set. 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FIGUEIREDO, Nébia Maria A. de. *Ensinando a cuidar em saúde pública*. São Paulo: Yendis, 2005.
- FLEURY, Sônia. A questão democrática na saúde. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.
- GUIZARDI, Francini L.; PINHEIRO, Roseni. Quando dádiva se transforma em saúde: algumas questões sobre a integralidade e o cuidado nas relações entre sociedade e Estado. In: MATTOS, Ruben Araujo; PINHEIRO, Roseni. *Cuidado: as fronteiras da integralidade*. São Paulo: HUCITEC, 2004.
- HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Marscherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.
- HOCHMAN, Gilberto. *A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil*. São Paulo: HUCITEC-ANPOCS, 1998.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Sala de imprensa: estimativas das populações dos municípios em 2011*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1961&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1961&id_pagina=1)>. Acesso em 10 out. 2011.
- LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria C. *Promoção de saúde: a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2004.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais no STF: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história de pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Faria (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOTTENBERG, Claudio. *A saúde brasileira pode dar certo*. São Paulo: Atheneu, 2007.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MELLO, Carlos Gentile de. *Saúde e assistência médica no Brasil*. São Paulo: CEBES-HUCITEC, 1977.

MENDES, Eugênio Vilaça. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Distrito sanitário: o processo social de mudanças das práticas sanitárias do sistema único de saúde*. 3 ed. São Paulo: HUCITEC-ABRASCO, 1995.

NOGUEIRA, Roberto Passos. Critérios de justiça distributiva em saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Texto para discussão 1591*. Brasília: IPEA, 2011.

OLIVEIRA, Jaime A. Reformas e reformismos: para uma teoria política da reforma sanitária (ou, reflexões sobre a reforma sanitária de uma perspectiva popular). In: COSTA, Nilson do Rosário et al. (Org.). *Demandas populares, políticas públicas e saúde*. Petrópolis: Vozes, 1989.

PEREIRA, Adriana Lemos et al. Programas de atenção à saúde. In: FIGUEIREDO, Nêbio Maria Almeida. *Ensinando a cuidar em saúde pública*. São Paulo: Yendis, 2005.

PIOLA, Sérgio Francisco et al. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. 17 ed. Brasília: IPEA, 2008.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*, v. I. Campinas: Papirus, 1994.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e os serviços de saúde. In: FLEURY, Sonia. *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

\_\_\_\_\_. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Vinte anos do SUS: o sistema de saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, jul. 2009.

\_\_\_\_\_. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto do Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SILVA, Frederico A. Barbosa da et al. A Constituição e a democracia cultural. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. 17 ed. Brasília: IPEA, 2008.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, Herton Ellery. *Cultura viva: avaliação do programa arte, educação e cidadania*. Brasília: IPEA, 2010.

\_\_\_\_\_; ABREU, Luiz Eduardo de L. A. Saúde: capacidade de luta: a experiência do Conselho Nacional de Saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Texto para discussão 933*. Brasília: IPEA, 2002.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 8, jul./dez. 2008.



# O paradigma racista da política de imigração brasileira e os debates sobre a “Questão Chinesa” nos primeiros anos da República

RAFAEL FIGUEIREDO FULGÊNCIO

## Sumário

1. Introdução. 2. A noção de paradigma aplicada às políticas públicas. 3. A controvérsia entre Evolucionismo e Darwinismo Social sobre a mestiçagem. 4. O paradigma da política de imigração na Primeira República. 5. O elemento amarelo no imaginário coletivo do Brasil Imperial. 6. Os debates sobre a entrada do amarelo no Brasil republicano. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

Com a progressiva extinção do trabalho escravo na segunda metade do século XIX, as autoridades brasileiras viram no incentivo à imigração a política necessária para garantir à economia nacional os trabalhadores que reclamava para seu desenvolvimento. O objetivo principal da referida política era o de atrair para o País o imigrante europeu, considerado mais apto para o regime de trabalho livre que se implantava do que os trabalhadores negros e mestiços que compunham a população da recém-criada República. Não obstante, como a imigração de europeus para o Brasil se dava em quantidade insuficiente para atender às demandas de mão de obra existentes, travou-se verdadeira batalha simbólica pela caracterização do chinês como trabalhador apto, ou não, a participar das políticas públicas de incentivo à imigração.

Defendo, no presente artigo, que a concepção do problema de escassez de mão de obra nos primeiros anos da República, bem como a solução encontrada para o mesmo na importação de trabalhadores de raça su-

Rafael Figueiredo Fulgêncio é advogado da União. Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduado pela Universidade Católica de Brasília, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

postamente superior, com vistas, inclusive, na melhoria da qualidade étnica da população local por meio de um processo de miscigenação, decorreram do paradigma adotado pela inteligência nacional da época, que, com base na combinação de doutrinas raciais recebidas da Europa, criou a “teoria do branqueamento” especialmente para dar solução à realidade brasileira de uma população altamente miscigenada.

Para tanto, considero, na segunda seção deste trabalho, a noção de paradigma de Thomas Kuhn (2008), bem como as possibilidades de sua utilização para a análise de políticas públicas. Na terceira seção, exponho brevemente a controvérsia entre as escolas Evolucionista e Darwinista Social no final do século XIX, bem como a impossibilidade de compatibilização de ambas no que diz respeito à teoria da mestiçagem. Seguindo os passos de Schwarcz (1993), analiso, na quarta seção, as singularidades da teoria racial brasileira. Na quinta seção, introduzo o tema da construção da imagem sobre a raça amarela no Brasil, para, na seção seguinte, discorrer sobre os debates travados no parlamento brasileiro a respeito do projeto que deu ensejo à Lei nº 97, de 1892, que permitia a introdução de trabalhadores asiáticos no País. Tais debates expõem as concepções racistas que circularam no pensamento social e no imaginário coletivo nacional entre o fim do século XIX e o início do século XX.

## **2. A noção de paradigma aplicada às políticas públicas**

A relação entre as ações e os problemas públicos não é tão simples quanto pretende a visão tradicional das políticas públicas como instrumentos de resolução de problemas. Nesse sentido, Muller (2000, p.194-195) afirma que os problemas públicos não se encontram definidos *a priori*, como um dado do mundo fático, assim como não é possível definir com clareza a cadeia causal que leva a determinado problema e é muito difícil medir os efeitos da intervenção pública sobre a realidade social.

As questões que compõem a agenda governamental são definidas pela articulação de decisões, ações e práticas que remetem ao universo de sentido e aos comportamentos extremamente diversificados de atores que obedecem a lógicas diferentes (RUA, 1998, p. 231). As políticas públicas caracterizam-se, portanto, como fóruns em que os atores envolvidos constroem uma interpretação do real e definem os modelos normativos de ação; são o espaço no qual a sociedade e seus integrantes se projetam para o futuro (MULLER, 2000, p. 195).

Yves Surel (2008, p. 44) propõe a utilização dos “elementos principais” do modelo de Thomas Kuhn para discutir a natureza das políticas públicas, com a finalidade de tentar uma explicação do seu papel “no processo de categorização cognitiva e de construção social da realidade

em um espaço marcado por uma alocação de recursos e/ou o exercício da coerção legítima”.

Em seu “A estrutura das revoluções científicas”, Kuhn (2008) sustenta que a atividade científica se desenvolve pela alternância entre períodos de crise e de normalidade, caracterizados estes pela aceitação do que denomina paradigma. A adoção de um paradigma fornece à comunidade científica um modelo de problemas e soluções aceitáveis, conferindo autonomia à disciplina respectiva e abrindo caminho para a “ciência normal”<sup>1</sup>.

Os paradigmas unificam a visão de cientistas que, anteriormente à sua aceitação, descreviam e interpretavam de maneiras diversas os mesmos fenômenos. Trata-se, portanto, da definição das regras dentro das quais um problema é reconhecido como científico e a partir das quais deve ser resolvido, restringindo-se a ciência normal a uma atividade de resolução de quebra-cabeças (*puzzles*), destinada a resolver os problemas que emergem do paradigma.

A adoção de um paradigma é, em certa medida, um ato de fé<sup>2</sup>, que se baseia mais nas promessas futuras do que nas realizações passadas, praticado, muitas vezes, por cientistas que desconhecem os fatos que proporcionaram tal status ao modelo adotado. Não se exige, para a aceitação do paradigma, que este explique todos os fatos com os quais é confrontado, mas apenas que pareça mais promissor do que seus concorrentes.

---

<sup>1</sup> A ciência normal é “a tentativa esforçada e devotada de forçar a natureza dentro dos quadros conceituais fornecidos pela educação profissional”, ou, ainda, “a pesquisa estavelmente baseada em um ou mais resultados alcançados pela ciência do passado, aos quais uma comunidade científica particular, por certo período de tempo, reconhece a capacidade de constituir o fundamento de sua práxis ulterior” (REALE; ANTISERI, 2005, p. 1043).

<sup>2</sup> Giovanni Reale e Dario Antiseri (2005, p. 1043) afirmam que as comunidades científicas são reconhecidas por seus paradigmas, assim como o são as comunidades religiosas por seus dogmas específicos, ou como um partido político por seus valores e finalidades específicos.

No decorrer das atividades da ciência normal, é comum o surgimento de situações anômalas que contradizem ou não podem ser explicadas à luz do paradigma. Nada obsta que os cientistas convivam com essas anomalias e as desconsiderem a fim de que possam dar continuidade a seus trabalhos; mas quando as anomalias passam a ser esperadas, quando se reconhece que “a natureza violou as expectativas paradigmáticas” (KUHN, 2008, p. 78), inicia-se o período de crise que conduz à ciência extraordinária: os dogmas científicos são postos em dúvida, as regras que governam a ciência normal são relativizadas e a discussão se aproxima da filosofia. O retorno à ciência normal somente ocorrerá com a descoberta de um novo paradigma e o conseqüente término da crise.

Na visão de Kuhn (2008, p. 244), os paradigmas são incomensuráveis, dado que dizem coisas diferentes sobre o mundo e os objetos que o compõem. A passagem de um paradigma a outro, portanto, não é um passo lógico, sendo possível cogitar-se de acumulação de conhecimentos ou progresso científico apenas em períodos de ciência normal.

No âmbito das políticas públicas, Yves Surel (2008, p. 59-60) afirma que, da mesma forma que o aparecimento de um paradigma permite à disciplina se afirmar como ciência autônoma, a noção de paradigma explica como um setor se estrutura tanto internamente, produzindo sua própria identidade, quanto externamente, definindo-se com relação aos demais setores e à sociedade. Esta estruturação sedimenta as relações de força dentro do setor em favor daqueles que se encontram na gênese do paradigma, bem como modifica as relações de força dentro do aparelho estatal, conferindo legitimidade às autoridades que fazem parte do setor.

Ressalta, ainda, que “Um dos aportes fundamentais da análise das políticas públicas à ciência política é precisamente haver revelado

a existência de processos de legitimação entre Estado e sociedade civil, que escapam aos procedimentos tradicionais da representação pelo voto”<sup>3</sup> (SUREL, 2008, p. 61), apontando as políticas públicas como uma das modalidades de legitimação na sociedade contemporânea na medida em que produtoras de crenças, imagens e enunciados tidos como corretos pelos atores envolvidos, justificando a intervenção do Estado sobre aqueles campos específicos.

As políticas públicas, portanto, são instrumentos pelos quais se produz o sentido em uma comunidade determinada, fixando-se os objetivos a alcançar e distribuindo-se as funções e os poderes entre os atores respectivos.

O pensamento social brasileiro entre o fim do século XIX e o início do século XX, influenciado por doutrinas pretensamente científicas recebidas da Europa com certo atraso, foi dominado pelo discurso do racismo. Acreditava-se, com base numa teoria das raças produzida especialmente para a realidade local, que a economia nacional, com o esgotamento do modo de produção escravagista, passaria por uma grave crise de escassez de mão de obra, uma vez que os negros e mestiços, que compunham em grande parte a população nacional, eram inaptos para o trabalho livre.

A solução para o problema concebido pela inteligência nacional da época foi a implementação de uma política de imigração, que tinha como objetivo atrair para o País o maior número de imigrantes brancos europeus, garantindo, assim, a um só tempo, a melhoria biológica da população e os braços necessários para atender às demandas de trabalho existentes, notadamente do setor agrícola.

---

<sup>3</sup>No original: “*Uno de los aportes fundamentales del análisis de las políticas públicas a la ciencia política es precisamente haber revelado la existencia de procesos de legitimación entre Estado y sociedad civil, que escapan a los procedimientos tradicionales de la representación por el voto*”.

Em razão, porém, do reduzido número de imigrantes europeus que se dirigiam ao Brasil, a introdução de trabalhadores chineses foi objeto de intensos debates pelos atores políticos interessados, que se utilizaram de variados argumentos, muitas vezes com pouca ou nenhuma sustentação teórica ou empírica, para travar uma verdadeira batalha pela caracterização do amarelo, considerado de raça intermediária, como imigrante desejável ou indesejável.

### **3. A controvérsia entre Evolucionismo e Darwinismo Social sobre a mestiçagem**

A partir da emergência da Teoria da Evolução, com a publicação, em 1859, de “A origem das espécies”, de Charles Darwin, e sua adoção como novo paradigma das ciências naturais<sup>4</sup>, duas escolas passaram a disputar a hegemonia da interpretação das origens e do processo de desenvolvimento da humanidade.

Evolucionistas sociais, de um lado, formulavam um discurso de matiz monogenista, representando a humanidade como uma e defendendo a inexorabilidade do desenvolvimento de todos os povos. Afastando, portanto, a ideia de raças ou espécies humanas, afirmavam que as diferenças entre as nações deveriam ser encaradas como mera contingência, “como se o conjunto da humanidade estivesse sujeito a passar pelos mesmos estágios de progresso evolutivo” (SCHWARCZ, 1993, p. 57-58).

Para as escolas deterministas, entre as quais se destaca o Darwinismo Social, as espécies humanas eram produtos finais, existindo entre

---

<sup>4</sup>A Teoria da Evolução fez arrefecer um antigo debate entre poligenistas, defensores da tese de que as raças humanas eram irreduzíveis entre si, produtos de origens diversas, e monogenistas, para os quais a humanidade tinha origem única, decorrendo a diversidade entre os tipos humanos das diferenças entre os processos de desenvolvimento dos povos distribuídos pelo globo terrestre (DEZEM, 2005, p. 206).

“as raças humanas a mesma distância encontrada entre o cavalo e o asno” (SCHWARCZ, 1993, p. 58-59), do que decorria o elogio das raças puras e uma peremptória condenação à miscigenação. Os brancos eram colocados no topo da pirâmide racial, acima dos amarelos, caracterizados como raça “intermediária”, e dos negros e índios, muitas vezes considerados incivilizáveis<sup>5</sup>.

Os darwinistas sociais afirmavam que a divisão da humanidade em raças correspondia a uma divisão entre culturas, asseverando ainda a preponderância do componente racial no comportamento do indivíduo, em um discurso que desaguava na defesa de uma política de intervenção na população com o objetivo de eliminar os componentes étnicos inferiores (SCHWARCZ, 1993, p. 59).

O conde Gobineau foi um dos principais responsáveis pela disseminação das teorias deterministas raciais entre nós<sup>6</sup>, tendo merecido o apelido de “inimigo cordial do Brasil” em razão dos comentários formulados sobre a população nacional após sua estada no País entre abril de 1869 e maio de 1870, quando comparou os brasileiros com macacos e os qualificou como “mestiços degenerados” (DEZEM, 2005, p. 211).

A condenação ao cruzamento entre as raças dava-se, no âmbito do Darwinismo Social, sob o fundamento de que os mestiços herdavam as características mais negativas das raças em contato. Para seus defensores, o progresso restringia-se às sociedades puras, estando a história a demonstrar o declínio de nações outrora poderosas a partir de processos de miscigenação das populações respectivas (SEYFERTH, 1996, p. 43).

A crítica à mestiçagem chegou ao ponto de Broca afirmar a esterilidade do mulato, comparando-o à mula<sup>7</sup>. Tal entendimento derivava da tese, presente na doutrina de Gobineau, de que o resultado do cruzamento entre raças distintas era sempre degenerado, carregando apenas os defeitos de cada um de seus ancestrais. Para o autor, os mestiços eram “instáveis”, gerando populações “desequilibradas” e “decaídas” (SCHWARCZ, 1993, p. 63-64).

---

<sup>5</sup> Não havia consenso quanto à posição das raças inferiores na hierarquia proposta pelos deterministas raciais, revezando-se negros e índios na base da pirâmide, nem quanto ao número de raças existentes, sendo exemplar a respeito a classificação proposta por Lapouge, que, conforme afirma Seyferth (1996, p. 43), “inferiorizou todos os braquicéfalos europeus por oposição aos seus superiores arianos dolicocefalos”.

<sup>6</sup> Segundo Dezem (2005, p. 210), sua obra “*Essai sur l'inégalité des races humaines*” (1853), teria sido considerada de segunda categoria em seu país de origem, a França. Schwarcz (1993, p. 64), no mesmo sentido, afirma que “Gobineau faria poucos adeptos em uma Europa dos estertores do século”. Hunt (2009, p. 192-193), por sua vez, afirma que a doutrina de Gobineau era uma sistematização de ideias já em circulação em grande parte do mundo ocidental, compondo-se de “uma miscelânea de argumentos derivados da arqueologia, da etnologia, da linguística e da história”.

<sup>7</sup> Schwarcz (1993, p. 56-57) ressalta, porém, o fato de Gobineau e Le Bon lastimarem a extrema fertilidade das populações mestiças.

A miscigenação, portanto, foi um ponto de absoluta divergência entre a escola evolucionista social, que sustentava a tese da constante evolução e aperfeiçoamento dos homens, integrantes de uma mesma espécie humana, e a escola darwinista social, que defendia a existência de diferenças inatas entre raças que não deveriam se misturar.

#### 4. O paradigma da política de imigração na Primeira República

O racismo deu o tom do pensamento social brasileiro entre o fim do século XIX e o início do século XX<sup>8</sup>, tendo predominado à época um discurso baseado em doutrinas vindas da Europa “que usaram e abusaram da metáfora darwinista da ‘sobrevivência dos mais aptos’ e que inventaram a Eugenia para sugerir políticas públicas que, entre outras coisas, implicavam limpeza étnica” (SEYFERTH, 1996, p. 42-43).

As teorias racistas calhavam às elites locais, que as utilizavam para bloquear as discussões sobre cidadania que decorriam da abolição da escravatura e das promessas liberais do direito republicano que se implantava. Em nome da ciência, transformavam a igualdade em um postulado teórico sem respaldo na realidade biológica da humanidade<sup>9</sup>.

Defendia-se, na linha da escola darwinista social, que a espécie humana era dividida em raças e que os diferentes estágios de desenvolvi-

mento das nações era fruto da composição étnica das populações respectivas. Na representação que se fazia, os brancos europeus compunham uma raça superior, estando amarelos, negros e índios, na condição de raças inferiores, condenados ao desaparecimento progressivo.

Segundo o paradigma racial da época, negros e mestiços, que compunham em larga medida o contingente populacional brasileiro, eram incapazes de agir de forma autônoma, sendo impróprios para o trabalho livre. Diante de tal quadro, e com o fim da escravidão, as autoridades públicas brasileiras conceberam o seguinte problema: a população nacional não estava apta para o novo regime de trabalho que a República implantava.

Acreditava-se, assim, que a economia nacional enfrentaria um problema de escassez de mão de obra, problema que se devia menos ao número de trabalhadores disponíveis do que à ausência, por parte do trabalhador nacional, “dos hábitos culturais enfeixados no termo “civilização”, com o qual se identificava a existência de uma disciplina para o trabalho, a posse de técnicas de produção, a higiene na organização da casa e da produção, e o respeito às leis” (RAMOS, 1996, p. 70).

A solução encontrada para lidar com o problema do excesso de sangue negro e da carência de civilização da população brasileira foi a implantação de uma política de incentivo à imigração, que objetivava atrair o maior número de indivíduos europeus da raça branca, que, mediante a mistura com o nacional, daria ensejo à criação de um povo de qualidade biológica – e, consequentemente, cultural e laborativa – superior. A entrada do imigrante europeu, portanto, garantiria “a ‘correção’ dos componentes étnicos que fundaram o Brasil, produzindo um ‘tipo’ racial brasileiro mais eugênico, porque possuidor de maior quantidade de sangue branco” (RAMOS, 1996, p. 61).

<sup>8</sup> Segundo Seyferth (1996, p. 48), por influência do anatomista e antropólogo francês Paul Broca, o Brasil tinha, desde 1860, uma ciência das raças cujas premissas se assentavam sobre a superioridade da raça branca, a inferioridade das raças “de cor” e os prejuízos da “mestiçagem embaralhada”.

<sup>9</sup> Hunt (2009, p. 193) ressalta que o pensamento racista partilhava como característica comum uma “reação visceral contra a noção de igualdade”, apontando para o fato de Gobineau ter admitido “o asco que lhe provocavam ‘os macacões sujos [trabalhadores]’ que tinham participado da revolução de 1848 na França” e para a confissão de John Campbell, outro autor racista, de sentir repugnância em “partilhar uma plataforma política com homens de cor”.

Trata-se da Teoria do Branqueamento, que fez dos “mestiços superiores” a saída encontrada pelos cientistas brasileiros para um país cuja população se encontrava em avançado estágio de deterioração racial. Acreditava-se que, com a miscigenação, a raça branca prevaleceria sobre a negra, o que faria com que a mistura com o europeu tornasse a população brasileira branca em três gerações (SEYFERTH, 1996, p. 48).

Conforme afirma Seyferth (1996, p. 49), “assimilação”, “mistura”, “miscigenação” e “caldeamento” passaram a ser palavras chaves no vocabulário brasileiro. O imigrante ideal, pois, era o europeu que se deixa assimilar pelo nacional, contribuindo para o branqueamento e a civilização da população local.

A teoria racial brasileira contava, assim, com elementos de ambas as teorias em voga à época. Da interpretação darwinista social, serviu-se do argumento da diferença biológica para manter a estratificação social revogada pelo direito republicano. Do Evolucionismo Social, extraiu a possibilidade de recuperação, pela miscigenação, de uma população racialmente degenerada, garantindo para o País um futuro branco e civilizado.

Nas palavras de Schwarcz (1993, p. 18-19), os “homens de ciência” do Brasil em finais do século XIX, “mistos de cientistas e políticos, pesquisadores e literatos, acadêmicos e missionários”, para encontrar uma saída para um país mestiço, “irão se mover nos incômodos limites que os modelos lhes deixavam: entre a aceitação das teorias estrangeiras – que condenavam o cruzamento racial – e a sua adaptação a um povo a essa altura já muito miscigenado”. A autora aponta as incongruências de uma teoria que tentava sintetizar elementos teóricos inconciliáveis:

“É na brecha desse paradoxo – no qual reside a contradição entre a aceitação da existência de diferenças humanas inatas e o elogio do cruzamento – que se acha a saída original encontrada por esses homens de ciência, que acomodaram modelos cujas decorrências teóricas eram originalmente diversas. Do darwinismo social adotou-se o suposto da diferença entre as raças e sua natural hierarquia, sem que se problematisassem as implicações negativas da miscigenação. Das máximas do evolucionismo social sublinhou-se a noção de que as raças humanas não permaneciam estacionadas, mas em constante evolução e ‘aperfeiçoamento’, obliterando-se a idéia de que a humanidade era una. Buscavam-se, portanto, em teorias formalmente excludentes, usos e decorrências inusitados e paralelos, transformando modelos de difícil aceitação local em teorias de sucesso” (SCHWARCZ, 1993, p. 18).

Schwarcz (1993, p. 19) recusa a opinião tradicional de que as teorias raciais brasileiras foram cópias ingênuas e imperfeitas das teorias estrangeiras, sublinhando a necessidade de se refletir sobre a originalidade do pensamento que aqui se criou a partir da seleção e da adaptação dos argu-

mentos que interessavam à construção do discurso racial no País. Ressalta que os textos “científicos” trazidos para o Brasil não parecem ter sido fruto da sorte, mas introduzidos de forma crítica e seletiva para transformar-se em instrumento conservador e autoritário na definição de uma identidade nacional e no respaldo às antigas hierarquias sociais (SCHWARCZ, 1993, p. 41-42). Estas são as palavras da autora sobre o ponto:

“Falar da adoção das teorias raciais no Brasil implica pensar sobre um modelo que incorporou o que serviu e esqueceu o que não se ajustava. No Brasil, evolucionismo combina com darwinismo social, como se fosse possível falar em ‘evolução humana’, porém diferenciando as raças; negar a civilização aos negros e aos mestiços, sem citar os efeitos da miscigenação já avançada. Expulsar a ‘parte gangrenada’ e garantir que o futuro da nação era ‘branco e ocidental’.

É o próprio modelo que se redefine em função da matriz que o origina, velhos nome com novos significados, ‘o evento que se transforma quando apropriado’ (sahlins, 1990:15). A noção de ‘perfectibilidade’, por exemplo, do modelo do século XVIII só conservou seu nome, tendo sido destituída de seu conteúdo original. Não se falava mais da concepção humanista de Rousseau, que entendia tal conceito como característica intrínseca a todo e qualquer homem, que carregava consigo a possibilidade de superar-se sempre. Na leitura do século XIX, e em especial no Brasil, a perfectibilidade seria um atributo de poucos, um sinal de superioridade de alguns grupos em detrimento de outros, que, como os mestiços, tinham perdido essa qualidade própria da humanidade. ‘É triste a constatação de que entre nós, as populações mestiças não sejam perfectíveis, presas como estão a um avançado estagio de degeneração’ (GMB, 1886). Como afirma Gerbi, ‘em meio às teorias historiográficas, aos argumentos jurídicos, às investigações científicas, à curiosidade leiga ou às hipóteses biológicas, vemos como é complexa a vida de uma idéia’ (1982:721).

Raça é um dado científico e comparativo para os museus; transforma-se em fala oficial nos institutos históricos de finais do século; é um conceito que define a particularidade da nação para os homens de lei; um índice tenebroso na visão dos médicos. O que se percebe é como em determinados contextos reelaboram-se símbolos disponíveis dando-lhes um uso original. Se a diferença já existia, é nesse momento que é adjetivada” (SCHWARCZ, 1993, p. 242).

A política de imigração do governo republicano observou cuidadosamente o paradigma racial que a informava, tendo a entrada das raças inferiores no Brasil, principalmente dos negros, sido proscribida pelo Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, que estabeleceu como “inteiramente livre a entrada nos portos da Republica” de imigrantes válidos e aptos para o trabalho, excetuados os indígenas da Ásia ou da África, cuja admissão no País dependia de autorização do Congresso Nacional.

Referido decreto foi parcialmente revogado pela Lei nº 97, de 5 de outubro de 1982, que autorizava a introdução de imigrantes provenientes

da China e do Japão, e posteriormente revogada pelo Decreto nº 6.455, de 19 de abril de 1907, que permitia a entrada de imigrantes aptos ao trabalho, sem distinção de raça ou nacionalidade.

Mesmo após o decreto de 1907, a entrada do negro permaneceu sendo obstada pelas autoridades nacionais, notadamente pela via diplomática, como no caso, relatado por Skidmore (1976, p. 212), dos cidadãos norte-americanos que, no ano de 1921, manifestaram interesse nas concessões de terras oferecidas a estrangeiros pelo Estado do Mato Grosso. Ao tomar conhecimento de que os postulantes eram negros, o então presidente do Estado determinou o cancelamento das concessões, dando ciência do fato ao Ministério das Relações Exteriores, que negou vistos aos interessados e ordenou à embaixada e a vários consulados brasileiros nos Estados Unidos que recusassem vistos a quaisquer negros que os solicitassem (RAMOS, 1996, p. 64)<sup>10</sup>.

A presença do negro na população brasileira foi, portanto, condenada à unanimidade pela inteligência nacional, diferentemente do que ocorreu com o asiático, cujo estatuto foi objeto de acirradas disputas. O paradigma racial vigente, ao considerar o amarelo como raça intermediária, abriu espaço para que os setores interessados na importação de mão de obra pudessem fazer a defesa da introdução do trabalhador chinês, utilizando-se dos mais variados argumentos em defesa de seus interesses econômicos.

## 5. O elemento amarelo no imaginário coletivo do Brasil Imperial

A construção do estereótipo do amarelo no imaginário coletivo nacional deu-se a partir dos

<sup>10</sup> O autor relata ainda que a imprensa da época cogitou de um plano norte-americano de enviar toda a sua população negra para o Brasil.

juízos negativos veiculados contra o chinês nos debates travados na imprensa e nos órgãos legislativos do Império após os primeiros sinais de esgotamento do modo de produção escravagista (DEZEM, 2005, p. 108).

O imigrante chinês era cogitado como uma alternativa ao europeu, cuja imigração para o Brasil se dava em número insuficiente para atender à demanda de mão de obra que decorria da progressiva extinção do regime de trabalho escravo. Foi caracterizado, à época, em contraponto àquele imigrante ideal, sempre de maneira pejorativa, e, algumas vezes, até mesmo como inferior ao negro.

Os debates invocaram o malogro da tentativa, arquitetada por D. João VI, de cultivo do chá na cidade do Rio de Janeiro, quando foi admitida, em 1814, a entrada dos primeiros chineses no Brasil<sup>11</sup>, bem como a introdução, na segunda metade da década de 1850, de 368 chineses que não se adaptaram à lavoura brasileira, causando frustração entre os fazendeiros envolvidos, que os qualificaram como “indolentes, indisciplinados, inúteis e prejudiciais” (DEZEM, 2005, p. 56)<sup>12</sup>.

A imagem que se difundiu caracterizava os chineses como feios, portadores de vícios (do jogo e do ópio), inábeis e fracos para a lavoura, de natureza moral pervertida, filhos de uma raça inferior, corrompida e degenerada (DEZEM, 2005, p. 59) e provenientes de um

<sup>11</sup> Segundo Dezem (2005, p. 49), os agricultores que aportaram no Brasil eram “coolies”, denominação destinada a trabalhadores asiáticos recrutados mediante fraude ou violência, submetidos a regime de quase escravidão. Não tinham experiência nem interesse no plantio do chá, para o qual as condições climáticas e de solo mostraram-se insatisfatórias. Além disso, foram vítimas de maus-tratos, o que contribuiu para a fuga de vários deles

<sup>12</sup> O autor relata que o regime de parceria, assim como em relação ao europeu, não funcionou para o chinês. O fazendeiro nacional, embebido da tradição escravagista, tinha dificuldades em lidar com o trabalhador chinês livre, recorrendo inclusive a castigos físicos.

império em decadência<sup>13</sup>. Temia-se que sua presença pudesse contaminar o nacional e afastar ainda mais o imigrante europeu (DEZEM, 2005, p. 76).

A importação de chineses era defendida, em especial, pelo empresariado agrícola, que acreditava que se submeteriam a receber salários menores do que os exigidos pelo europeu, bem como a realizar o trabalho que este não aceitava. A questão, porém, não foi objeto de consenso sequer no âmbito do setor: houve os que, no Congresso Agrícola de 1878, defenderam que as vantagens econômicas do trabalhador chinês não compensariam os males que a raça amarela degenerada traria (DEZEM, 2005, p. 77).

A opinião que parece ter sido compartilhada até mesmo pelos partidários da imigração chinesa, foi a de que a passagem do amarelo pelo Brasil deveria se dar de forma transitória, uma vez que, se o chinês podia ser acolhido como trabalhador, não era aceitável que fizesse parte da população nacional, que se preparava para adquirir feições europeias.

Um dos pontos em que se firmou a luta simbólica pela representação do chinês como imigrante (in)desejável foi, então, a sua caracterização como propenso ou não a se misturar com o nacional. De acordo com os interesses em jogo, afirmava-se a tendência do chinês ao isolamento e à clausura entre os seus, ou, em sentido oposto, sua inclinação para se infiltrar e corroer a população local<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Visão que se firmou sobre a China após a derrota na primeira Guerra do Ópio. Sobre o tema, interessantes as ponderações do senador Ubaldino do Amaral em seu discurso sobre o projeto que veio a se tornar a Lei nº 97, de 1892, em que questiona se a civilização estava mesmo do lado da Inglaterra e da França quando, em nome do comércio de ópio e da conversão de seu povo ao cristianismo e ao progresso do Ocidente, levaram a guerra e a miséria à China (BRASIL, 1892b, p. 160).

<sup>14</sup> Veja-se, nesse sentido, o discurso de Joaquim Nabuco, citado por Dezem (2005, p. 97).

Até o fim da monarquia, não houve significativa entrada de chineses no país, dando-se conta de que, até o ano de 1880, a imigração chinesa não ultrapassou o número de três mil indivíduos (DEZEM, 2005, p. 108). Todavia, os preconceitos disseminados à época fizeram consolidar no ideário nacional uma imagem pejorativa do chinês e, em consequência, da “raça amarela” que representava.

## 6. Os debates sobre a entrada do amarelo no Brasil republicano

Proibida pelo Decreto nº 528, de 1890, a imigração de chineses e japoneses para o Brasil voltou a ser debatida em virtude da apresentação, perante o Senado Federal, do projeto<sup>15</sup> que viria a se transformar na Lei nº 97, de 1892. A proposta, oferecida a 31 de maio de 1892 pelo senador Monteiro de Barros, consubstanciava-se na autorização de entrada de indivíduos daquelas nacionalidades “contanto que, não sendo indigentes e mendigos, piratas e nem sujeitos à acção criminal em seus paizes, sejam validos e aptos para o trabalho de qualquer indústria”.

Constava do projeto, ainda, a autorização para o governo federal subsidiar as empresas que se organizassem para “contratar trabalhadores estrangeiros de qualquer procedencia, promovendo a sua introdução na Republica” e que se comprometessem a transportar “para o Brazil immigrants estrangeiros de qualquer procedencia, dando-lhes bom tratamento e em boas condições de hygiene” (BRASIL, 1892b, p. 157).

No discurso de apresentação, Monteiro de Barros afirma acreditar que o projeto seria mal recebido no Senado Federal, reconhecendo que a visão da maioria dos integrantes da Casa

---

<sup>15</sup> Projeto nº 10, de 1892.

sobre o trabalhador asiático era dominada por “preconceitos injustos contra esses excelentes trabalhadores” e ressaltando que os impugnadores da imigração asiática tem estudado “mal” e “ligeiramente” a questão, apreciada sob um ponto de vista “esthetico”, quando deveria ser objeto de um juízo “pratico e positivo” (BRASIL, 1892b, p. 157).

O recurso ao chinês, na visão do senador, era uma “necessidade” para o desenvolvimentoe o aproveitamento das riquezas naturais do País, tendo sido aquele “escolhido como elemento transitório de reorganização do seu trabalho agricola, porque, como trabalhador” era “pacífico, constante, sobrio e moderado” (BRASIL, 1892b, p. 137). Apesar de reproduzir o discurso do chinês como “elemento transitório de trabalho”, em contraste com o europeu, “melhor elemento povoador”<sup>16</sup>, Monteiro de Barros chega a afirmar que o chinês “em toda a parte se tem mostrado mais apto do que o europeu, para succeder ao trabalho servil” (BRASIL, 1892b, p. 137).

Em defesa do asiático, o senador pondera, ademais, que o europeu tem preferência por países de climas mais frios, razão pela qual seria de esperar que permanecessem se dirigindo em maior número para os Estados Unidos, que ainda contavam com muito espaço para receber europeus (BRASIL, 1892b, p. 139)<sup>17</sup>. Afirma que o europeu custa a adaptar-se ao nosso clima e, se é mais educado e de civilização mais adiantada,

aproveita-se das necessidades brasileiras de mão de obra para exigir vantagens excessivas, não sendo dotado da disciplina e do espírito de respeito necessários à relação entre operário e patrão (BRASIL, 1892b, p. 140).

O senador Ubaldino do Amaral, na sessão de 10 de agosto de 1892, manifestou-se contrariamente à proposta de concessão de subsídios públicos para a introdução de trabalhadores chineses no Brasil, corroborando o entendimento esposado pela Comissão de Finanças e Colonização do Senado Federal sobre a matéria. Em sua opinião, a imigração europeia era incompatível com a chinesa, tratando-se de raças “inimigas por natureza”, cuja introdução concomitante no Brasil seria como “atirar simultaneamente o fogo e a polvora” (BRASIL, 1892b, p. 165).

Ponderando, entretanto, que a Constituição em vigor autorizava o ingresso no País de quem o requeresse<sup>18</sup>, o senador defende a aprovação do projeto de Monteiro de Barros no ponto em que autorizava a imigração do asiático, desde que não fosse implantada uma política pública de importação em larga escala do trabalhador daquela origem<sup>19</sup>.

Apesar da rejeição à imigração chinesa, o discurso de Ubaldino do Amaral veicula uma visão relativamente favorável a respeito da China e do chinês. De fato, o senador argumenta que a China precisava ser mais bem estudada pelos brasileiros, cujas opiniões se baseavam

<sup>16</sup> A tese é corroborada por Ramiro Barcellos, membro da Comissão de Finanças e Colonização do Senado Federal, que, na discussão do projeto, afirma que a introdução de “elemento étnico inferior é sempre um perigo”, mas que o perigo não seria tão grande se o chinês se destinasse apenas a trabalhar e, não, a povoar o País. (BRASIL, 1892b, p. 91). O deputado Alfredo Ellis, no mesmo sentido, via o chinês como elemento trabalhador, “que é, e nem pode deixar de ser, provisorio” (BRASIL, 1892a, p. 205).

<sup>17</sup> Nogueira (1979, p. 9) registra a objeção feita pelo senador Luiz Delfino, que caracteriza o chinês como o “escravo da Ásia”, justamente pelo fato de ganhar pouco, trabalhar muito e apanhar quando é necessário.

<sup>18</sup> “Não há duvida que é um principio constitucional consagrado em todos os paizes civilizados o direito da entrada e sahida de quem quer que seja, a liberdade do trabalho, do commercio e da navegação. E não é verdade que estamos dando razão aos que nos chamavam barbaros, pois queremos, por nossa vez, cingir-nos de muralhas contra certo povo, receiando a invasão delle?” (BRASIL, 1892b, p. 161).

<sup>19</sup> O senador imaginava que, em razão dos custos necessários para trazer o chinês para o Brasil, a iniciativa privada não teria condições ou mesmo interesse em fazê-lo, razão pela qual, na prática, a aprovação do projeto da forma como recomendava destinava-o à inutilidade.

ora em um número muito pequeno de chineses que aqui aportaram, ora em fábulas e preconceitos<sup>20</sup>. Com base no nível de desenvolvimento da agricultura e da indústria chinesas, afirmava, ainda, que a entrada desse imigrante faria avançar referidos setores da economia brasileira.

Contrariando o discurso da hierarquia das raças, o senador afirmou desconhecimento a respeito de uma raça superior, reconhecendo, apenas, que as raças seriam diferentes, teriam aptidões diversas, “e que todas ellas são sujeitas a esta lei (a respeito desta lei, sim, não tenho duvida), nascer, crescer e morrer”. Em outras palavras, ressaltou não conhecer “raça alguma immortal, como não conheço raça alguma superior” (BRASIL, 1892b, p. 162).

Defendeu, ainda, que o chinês seria um trabalhador sóbrio e infatigável, ligado apenas a seus compatriotas e tendo como único objetivo trabalhar e voltar, “vivo ou morto”, para sua terra (BRASIL, 1892b, p. 161), razão pela qual nenhum outro trabalhador, seja o negro, seja o alemão, poderia concorrer com o trabalho daquele (BRASIL, 1892b, p. 163). Nesse sentido, asseverava que os Estados Unidos se teriam livrado do chinês por medo da concorrência.

Ubaldo do Amaral encerrava seu discurso com a conclusão de que, não sendo a raça chinesa superior nem inferior, mas, apenas, hostil às demais, sua entrada no Brasil traria graves perturbações para as relações de trabalho aqui desenvolvidas. Segundo advogava, o trabalho do chinês traria um bem transitório para a nação, que não compensaria os prejuízos decorrentes da confusão entre as raças presentes no território nacional.

A tese da incompatibilidade da imigração chinesa com a europeia era corroborada, na mesma sessão de 10 de agosto de 1892, pelo senador Aristides Lobo, que afirmava a impossibilidade de convivência entre as duas raças. Essa tentativa resultaria na expulsão de uma raça pela outra como resultando das lutas pelo salário. Defendendo a rejeição integral do projeto de Monteiro de Barros, o senador assegurava que os asiáticos influenciaram negativamente todos os países pelos quais passaram, ressaltando a possibilidade de contaminação do nacional pelos vícios e superstições dos chineses. Para ele, a vitória do chinês sobre o europeu só podia ser a vitória da fome, a vitória do salário miserável, bem como que a alimentação parca a que se submetia contribuía para a fraqueza de seu organismo, sendo possível constatar, mediante autópsia, a inexistência de

---

<sup>20</sup> “Não conhecemos sufficientemente a China (...) uns a julgam simplesmente por uma amostra de chineses que ha tempos vieram para o nosso paiz, e que nas ruas desta capital empregam-se em misteres infimos, outros teem a China por uma legenda, uma fabula, por vezes thema de risota. Entretanto, para os que procuram instruir-se, ha alguma cousa mais do que esses typos que consideramos despresiveis, do que essas fabulas, com que temos sido embalados” (BRASIL, 1892b, p. 160).

músculos suficientes no corpo do trabalhador chinês (BRASIL, 1892b, p. 167-168). Na contra-mão das teorias racialistas da época, afirmava que, organicamente, até mesmo o negro “é muito superior ao chim”, sendo este, “como elemento de força e trabalho”, incomparável seja com o negro, seja com o europeu (BRASIL, 1892b, p. 168).

Defendia também, a capacidade de o europeu adaptar-se às condições de trabalho brasileiras, dando testemunho da rivalidade entre italianos e negros em locais de trabalho difíceis e penosos (BRASIL, 1892b, p. 167). O senador reclamava, ainda, a formulação de um planejamento de mais longo prazo para a fundação da nação brasileira, afirmando que a boa formação da população deveria ser privilegiada em relação a necessidades momentâneas. Veja-se:

“Não estamos fundando uma nação, uma patria?

Quer-se então fazer da vida desta nação uma causa ocasional de incidentes, sem plano de existencia, fazendo-se de cada momento e de cada necessidade uma politica, uma existencia de crises esquecendo-se completamente o futuro?

Eis o que se contém neste projecto.

Acho, Sr. Presidente, que ha demasiada impaciencia e talvez demasiada fraqueza da parte da lavoura brasileira, que troca o homem equilibrado da Europa por esse enxame de aranhas humanas.

Já tivemos uma prova do que valem esses operarios, já tivemos amostras dessa imigração” (BRASIL, 1892b, p. 167).

Aristides Lobo questionava, por fim, a real necessidade da importação do trabalhador chinês para o Brasil, afirmando que “a iniciativa individual e o espirito de associação se forem utilizadas pela lavoura em todos os estados, tem em si elementos indispensaveis para conseguir uma vasta corrente immigratoria de trabalhado-

res europeos, como já a tem São Paulo, Paraná, Santa Catharina e Rio Grande do Sul” (BRASIL, 1892b, p. 170).

Dando prosseguimento ao debate, agora no âmbito da Câmara dos Deputados, Alfredo Ellis<sup>21</sup>, durante a reunião de 10 de setembro de 1892, manifestou-se em favor do projeto de Monteiro de Barros, reafirmando que a importação do chinês era uma questão de “politica utilitaria”, por meio da qual seriam evitadas as consequencias da crise de trabalho que acometia o País. Conclamava seus pares a colocar de lado a “esthetica” até que o Brasil atravessasse “este período tempestuoso para as nossas relações economicas e financeiras” (BRASIL, 1892a, p. 204-205).

O deputado via no braço asiático a salvação da lavoura nacional, acusando os opositores do projeto de sentimentalismo, de terem aberto a caixa de Pandora sobre a China, “enclausurando todos os vícios e defeitos de que a raça humana é susceptível” sobre aquele país (BRASIL, 1892a, p. 204). Em sua visão, tratava-se o chinês de um trabalhador assíduo, morigerado e sóbrio, que não podia ser recusado por um país que, a despeito de possuir as terras mais férteis e ricas do globo, importava comida.

Àqueles que se preocupavam com as dificuldades em “expelir” o asiático quando sua colaboração não fosse mais necessária, respondeu que se colocavam em posição idêntica à do “medico que prefere deixar morrer o doente, depauperado por profunda anemia, a dar-lhe agentes mineraes que mais tarde precisarão

---

<sup>21</sup> Alfredo Ellis foi um dos 22 deputados que assinaram o projeto apresentado pelo deputado Costa Machado que propunha permitir aos Estados decidir sobre os imigrantes que seriam introduzidos nos seus territórios, sem qualquer restrição. O projeto não saiu da Comissão de Obras e Colonização da Câmara dos Deputados, tendo sido levado à apreciação daquela casa legislativa o projeto de Monteiro de Barros, que já tinha sido aprovado no Senado Federal (NOGUEIRA, 1979, p. 4-5).

ser eliminados do organismo”. Enxergava uma nação “anêmica por falta de braços”, sendo o trabalhador amarelo o remédio urgente e de efeitos prontos e imediatos (BRASIL, 1892a, p. 205).

Em um discurso que tendia à afirmação da superioridade, para as condições dadas no Brasil, do trabalhador chinês em relação ao europeu, asseverou que este não resiste às temperaturas mais elevadas, formando-se, apenas depois de extintas várias gerações, um tipo capaz de adaptar-se ao ambiente brasileiro. Apontou, ainda, para a seletividade que caracterizava a imigração europeia para o Brasil, afirmando que nem todos os Estados podiam dispensar a colaboração do trabalhador chinês, como o faziam os Estado do Sul, cujo clima atraía a maior parte dos europeus que para aqui se dirigiam (BRASIL, 1892a, p. 205).

Postulou que o fluxo de imigrantes europeus para os Estados Unidos não diminuiu após a entrada do chinês naquele país, ressaltando, ainda, que a imigração europeia para o Brasil era tão diminuta que não fazia sentido defender-se a vedação da imigração chinesa em razão do temor da cessação da entrada do europeu. Para o deputado, o Brasil devia seguir os passos do Estado da Califórnia que, após utilizar-se do amarelo para se desenvolver, pôde eliminá-lo para promover seu povoamento com “uma raça mais civilizada e que se assimile à do paiz” (BRASIL, 1892a, p. 204-206).

O deputado Garcia Pires, também favorável à proposta de imigração asiática, voltou a conclamar seus pares, na sessão de 23 de setembro de 1882, a discutir a questão segundo o ponto de vista da “escola política pratica”, sublinhando o fato do Brasil, apesar de ser um país com riquezas inesgotáveis, ter de importar gêneros primários, como os cereais, a forragem e a madeira que adquiria junto a Estados Unidos, Argentina e Portugal (BRASIL, 1892a, p. 524).

Aludiu aos altos salários que eram pagos pela lavoura aos imigrantes europeus em razão da falta de oferta de trabalhadores, usando como exemplo os salários exigidos pelos italianos em São Paulo (BRASIL, 1892a, p. 527), questionando, ademais, se a Europa seria capaz de fornecer ao Brasil todo o contingente de trabalhadores de que necessitava, tendo em vista, inclusive, a concorrência dos Estados Unidos e das demais repúblicas sul-americanas.

Pôs em dúvida, ainda, a qualidade dos imigrantes que os países europeus remetiam ao Brasil, uma vez que daqueles saíam apenas “os consumidores inuteis, ou aqueles que não são productores, que saíam das cidades aquellos que dão trabalho á policia, não os que concorrem para a riqueza nacional” (BRASIL, 1892a, p. 525). Afirmou que os trabalhadores europeus não resistiam à intempérie das estações e que eram incapazes de executar os trabalhos pesados da lavoura, que consideravam degradan-

tes (BRASIL, 1892a, p. 526); acenava, por fim, para a possibilidade de o europeu disseminar o socialismo e perturbar a ordem social em solo pátrio (BRASIL, 1892a, p. 532).

Quanto ao chinês, deixou entrever que a China poderia fornecer ao Brasil “maior numero e melhor immigrantes” (BRASIL, 1892a, p. 527) e, complementando aparte do deputado Brazílio dos Santos, que afirmara ser o asiático um “povo superior aos africanos”, asseverou que os negros nos fizeram muito bem (BRASIL, 1892a, p. 529).

Relendo o inquérito realizado a pedido do Congresso dos Estados Unidos sobre o imigrante chinês no Estado da Califórnia, Garcia Pires acusou a oposição de tê-lo utilizado seletivamente, extraindo-lhe apenas os piores depoimentos sobre aquele de que se tratava. O deputado ressaltou o registro, no documento, de inúmeras opiniões em contrário, caracterizando o trabalho dos chineses como constante e incessante, comparável apenas ao da formiga. Os asiáticos teriam sido reconhecidos, ainda, como dignos de confiança, inteligentes, fiéis aos contratos, honestos, sóbrios, portadores de boa saúde e de bons hábitos de higiene, bem como bons matemáticos e bons comerciantes (BRASIL, 1892a, p. 531-532).

É de se ressaltar, por fim, a crítica lançada pelo deputado aos opositores da imigração asiática, que, segundo ele, incorriam em contradição ao condenar o povo chinês por entendê-lo inassimilável e, ao mesmo tempo, opor-se tenazmente a sua introdução no Brasil quando se aventava a possibilidade de ele vir a misturar-se ao nacional.

Contrário à introdução do trabalhador asiático no Brasil, o deputado Bevilaqua, na mesma sessão de 23 de setembro de 1892, foi capaz de enunciar, na curta passagem que se segue, a quase totalidade dos argumentos utilizados pelos detratores da imigração chinesa, que, na sua visão, significaria

“condemnar este paiz a uma retrogradação fatal si introduzir o chim, cujo beneficio meramente material será transitario, em proveito de poucos e accarretando prejuizo de todos, quando começar a surgir o reverso da medalha. Aparentemente occorrerão á crise actual porque a do futuro será ainda muito mais terrível. O europeu nos abandonará immediatamente e ficaremos desacreditados para eles; o trabalhador braçal nacional succumbido e um diluvio de chins, vivendo uma vida completamente á parte, isolada, consumindo muito pouco e remettendo tudo o que ganharem para o Imperio do Meio!

Os costumes do povo brasileiro pervertidos, nossa orientação desviada, a população estacionaria e, quando operar-se a repatriação dos habitantes de ínfima ordem das cidades marítimas chinesas, unicos que poderemos conseguir, estaremos á braços com uma crise muitissimo peor e em condição a perder de vista mais desfavoráveis para conjural-a!” (BRASIL, 1892a, p. 536).

Bevilaqua ainda se dispôs a contradizer o argumento da necessidade do trabalhador chinês para a salvação da lavoura nacional, ventilando a possibilidade de adoção de outras medidas para a resolução do problema, como a revisão de impostos, evitando-se, assim, a perturbação que o elemento amarelo fatalmente causaria na “civilização de nossa raça e dos nossos costumes” (BRASIL, 1892a, p. 537). Afirmou, por fim, sua descrença na possibilidade de termos o “legítimo” chinês, visto que este jamais emigra da China, que se limitaria a remeter ao Brasil exemplares de segunda categoria.

O deputado Antonio Olyntho, no discurso proferido em 10 de setembro de 1892 para defender o parecer, contrário ao projeto de Monteiro de Barros, elaborado pela Comissão de Obras e Colonização da Câmara dos Deputados, resgatava o discurso da China como um país voltado “para um passado que se some nas brumas dos séculos idos, e que se pode propriamente comparar ao tumulto mudo de uma raça

viva” (BRASIL, 1892a, p. 191). Tratar-se-ia de um país fechado ao Ocidente e à civilização, estacionário havia milhares de anos, assim como a raça que o compunha (BRASIL, 1892a, p. 191).

Na opinião do deputado, as autoridades públicas nacionais tinham a obrigação de escolher escrupulosamente os elementos que concorreriam para a formação da raça nacional, sendo desaconselhável a aproximação com a decadente raça chinesa, tão dissimilar e diversamente orientada em comparação com o nacional (BRASIL, 1892a, p. 192).

O deputado ressalta a diversidade de opiniões disponíveis sobre a China, algumas que “acham que ella é a melhor terra do mundo” e outras “que dizem exactamente o contrario” (BRASIL, 1892a, p. 192). Sublinha, ainda, a inexistência de conclusão segura sobre a valia da imigração chinesa para a Califórnia, bem como que, na Austrália, o chinês é objeto de “uma antypathia notável e de medidas excepcionaes”, sendo sua entrada no país sobrecarregada de impostos (BRASIL, 1892a, p. 193).

Nos países latinos, cujas condições e circunstâncias seriam iguais às nossas, a imigração chinesa teria fracassado, tanto nas Antilhas como na “out’ora tão prospera e hoje decadente ilha da Reunião” (BRASIL, 1892a, p. 193). Ressalta o caráter criminoso do chinês, afirmando que em Cuba havia um criminoso para cada 75 chineses, enquanto a proporção era de 1 para 344 mestiços e 448 brancos (BRASIL, 1892a, p. 194). Cita, ainda, a “pequena experiência feita no Brazil”, marcada por suicídios e pelo elevado índice de recolhimentos à Casa de Detenção (BRASIL, 1892a, p. 193-195).

Afirmava que a presença do chinês no Brasil, mesmo como elemento de transição, redundaria na paralisação da evolução da raça nacional, como ocorrera nas ilhas de Martinica, Guadalupe e Reunião, localidades nas quais a imigração chinesa cessara com a imigração

européia<sup>22</sup>, fazendo com que o contingente populacional de “colonias florescentes, onde, pela regra geral, a população devia tender ao mesmo aumento que se nota em todos os paizes novos”, decrescesse ou permanecesse inalterado (BRASIL, 1892a, p. 194).

Ao finalizar seu discurso, Antonio Olyntho afirmava que, apesar de reconhecer a crise do braço que ameaçava a lavoura nacional, não estava convencido de que o remédio poderia vir da China, e que a “lavoura se arrependera em breve do que hoje pede com tanta ancia” (BRASIL, 1892a, p. 197). Afirmava que a importação do chinês atenderia a necessidades transitórias e a necessidades de determinados setores da economia, mas que seria necessário manter uma visão de futuro:

“Ora, os poderes publicos não tem unicamente por fim attender necessidades ou interesses transitorios de certas e determinadas classes, que devem ser sempre hamonisados com o bem publico; o seu fim não é unicamente enriquecer a geração presente -, é principalmente attender para as gerações futuras; preparam-as e encaminhar a Nação para seus destinos” (BRASIL, 1892a).

O projeto de Monteiro de Barros foi parcialmente aprovado pela Câmara dos Deputados a 24 de setembro de 1892, transformando-se na Lei nº 97, sancionada pelo então Presidente da República Floriano Peixoto em 5 de outubro de 1892. Com a sua promulgação, foi permitida a entrada no Brasil de imigrantes procedentes da China e do Japão, desde que aptos para o trabalho e isentos de ação criminal no país de origem.

A proposta original de concessão de subvenções públicas à imigração, porém, foi rejeitada pelo Congresso Nacional; prevaleceu o entendi-

---

<sup>22</sup> Segundo Nogueira (1979, p. 2), o senador catarinense Luiz Delfino manifestou a mesma preocupação, afirmando não temer o asiático em si, mas que sua presença perturbasse a entrada de imigrantes de outras procedências.

mento da Comissão de Finanças e Colonização do Senado Federal, que defendia que apenas a imigração do europeu, elemento destinado a integrar a população nacional, deveria contar com os favores do poder público, conforme, inclusive, já ocorria.

Monteiro de Barros, na sessão de 2 de agosto de 1892 realizada no Senado Federal, protestou de forma contundente contra a retirada das subvenções proposta pela referida comissão, alertando que eram imprescindíveis para o sucesso da política de importação de trabalhadores asiáticos, como forma de despertar a iniciativa dos lavradores nacionais (BRASIL, 1892b, p. 89).

Conforme relata Nogueira, os fatos posteriores vieram a confirmar a previsão de Monteiro de Barros, não tendo a iniciativa privada logrado introduzir por conta própria o trabalhador asiático, dando conta, ainda, de que este “só veio emprestar o seu concurso à lavoura paulista quando o governo resolveu subsidiar a sua vinda” (NOGUEIRA, 1979, p. 37).

## 7. Conclusão

No início de sua vida republicana, o Brasil era uma nação que ainda tentava inventar um povo e que, diante das modificações recém-decretadas pelos legisladores, enfrentava o desafio de garantir o funcionamento de uma economia que via na falta de trabalhadores a possibilidade de sua ruína. Apesar dos princípios liberais consagrados na nova Constituição e da extinção do regime escravagista, as elites locais lutavam para manter a população mestiça numa cidadania de segunda classe, garantindo a perpetuação de seus privilégios.

Diante de tal quadro, a inteligência nacional, utilizando-se da deformação de doutrinas advindas da Europa, forjou uma teoria racial própria para atender às necessidades de uma

população marcada por um avançado processo de miscigenação. Combinando seletivamente elementos inconciliáveis de teorias cujas conclusões finais rejeitavam, os cientistas nacionais criaram uma “teoria do branqueamento” que não encontrava respaldo em nenhuma das escolas raciais estrangeiras.

A compreensão da política de imigração implantada no Brasil da época depende do entendimento do referido contexto histórico. Tanto a concepção do problema de escassez de mão-de-obra, que passava pela afirmação da incapacidade do indivíduo “de cor” para o trabalho livre, quanto a solução encontrada na importação do trabalhador europeu e, quiçá, do asiático, dependeram essencialmente do referencial racista em torno do qual se firmou o consenso naquele momento.

Os ares de cientificidade outorgados ao pensamento racial garantiram a legitimidade de uma política migratória restrita e seletiva, que objetivava expurgar o sangue negro infiltrado na população nacional e tolerava a presença apenas temporária do asiático. A defesa da raça ensejou um discurso profético de branqueamento, por meio do qual se alcançaria a regeneração biológica de uma população cuja viabilidade dependia da atenção das autoridades públicas.

Se o europeu, conforme o paradigma racial vigente, era considerado o imigrante ideal, foi a caracterização do chinês como desejável ou indesejável que mobilizou os setores da sociedade brasileira interessados na imigração. Debates acalorados sobre a temática tiveram palco no Congresso Nacional, especialmente no decorrer do processo legislativo que veio a redundar na promulgação da Lei nº 97, de 1892, quando os mais contraditórios argumentos, decorrentes, muitas vezes, de visões muito pouco imparciais dos fatos, foram utilizados na defesa de interesses de fundo primordialmente econômico.

A discussão parlamentar sobre a importação do trabalhador chinês dependeu essencialmente do paradigma racial que a informava e caracterizava-se pela falta de consistência teórica e empírica das razões utilizadas. Nesse sentido, é de se sublinhar a percepção, compartilhada por parlamentares favoráveis e desfavoráveis ao referido projeto, de que a “questão chinesa” não havia sido bem estudada no Brasil, sendo as opiniões sobre o tema formadas a partir de fábulas, dogmas e preconceitos.

Os discursos proferidos no Congresso Nacional, em sua larga maioria, basearam-se num conhecimento difuso e superficial que pairava sobre a raça chinesa, o que dava ensejo à persistência de opiniões diametralmente opostas sobre os pontos em que o debate se firmou. Com efeito, a depender da forma como manipulavam os dados e as teorias para atender aos interesses que representavam, os parlamentares oscilavam entre a caracterização do chinês como superior ao europeu e a defesa da inferioridade daquele em relação ao negro. Havia ainda quem, como o senador Ubaldino do Amaral, se dispusesse a contradizer, em certa medida, a teoria paradigmática vigente para conceber o amarelo simplesmente como portador de raça diferente e hostil, nem superior, nem inferior às demais.

Sobre a imprecisão dos dados disponíveis sobre o chinês, é ilustrativo o exemplo da introdução daquele trabalhador na Califórnia, utilizado pelos congressistas nacionais de ambos os lados da disputa para “comprovar” a valia ou a desvalia da introdução da raça chinesa no Brasil.

Argumentos como o de que a entrada do chinês no Brasil redundaria na redução do fluxo de imigrantes europeus ou de que a imigração chinesa para outras nações teria alcançado resultados negativos eram formulados a partir de uma singela análise de fatos supostamente ocorridos no estrangeiro que, diante da desvalia do

amarelo, pareciam dispensar a análise de outras variáveis capazes de interferir nos resultados.

Até mesmo a condição da lavoura nacional foi objeto de disputa no Congresso Nacional: enquanto os entusiastas da imigração chinesa afirmavam uma situação de quase catástrofe, cuja salvação repousaria necessariamente na importação do trabalhador chinês, a oposição à proposta cogitava de soluções alternativas para o problema, em discursos que invocavam, de forma muito abstrata, a possibilidade de uma união da lavoura ou da redução dos encargos que pesavam sobre a mesma.

Por trás do discurso de crise do setor agrícola, escondia-se o interesse do empresariado nacional na redução dos elevados salários que se via compelido a pagar a seus trabalhadores a fim de que não abandonassem seus postos de trabalho, situação que esperava ver amenizada com o aumento da oferta de mão de obra decorrente da entrada do chinês no Brasil. Os adversários da imigração chinesa, porém, postulavam que a agricultura brasileira pretendia, na realidade, a introdução de um semiescravo da Ásia, argumento que causava considerável impacto num momento em que se pretendia desligar definitivamente a imagem do Brasil do regime de produção escravagista recém abandonado.

Apesar da promulgação da Lei nº 97, de 1892, o projeto da imigração chinesa foi derrotado, uma vez que, destituída das subvenções públicas, a iniciativa privada não seria capaz de custear a importação do trabalhador chinês. A decisão, no fim das contas, calhou bem aos adversários do trabalhador chinês: ao permitir a sua entrada, aparentemente colocou em prática os princípios liberais consagrados na Constituição, apresentando-se ao mundo o Brasil como uma nação aberta e tolerante, enquanto, na prática, em virtude de pressupostos racistas, era negada efetividade à política pública de introdução do trabalho chinês.

## Referências

BRASIL. Congresso Nacional. *Annaes da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892a.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. *Annaes do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892b.

DEZEM, Rogério. *Matizes do “amarelo”*: a gênese dos discursos sobre os orientais no Brasil (1878-1908). São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.

HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos*: uma história. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. *Revue française de science politique*, Paris, v. 50, n. 2, p.189-208, 2000.

NOGUEIRA, Arlinda Rocha. *Companhias interessadas na introdução de asiáticos em São Paulo nos primeiros anos da República*. São Paulo: Centro de Estudos Nipo-Brasileiros, 1979.

RAMOS, Jair de Souza. Dos males que vêm com o sangue: as representações raciais e a categoria do imigrante indesejável nas concepções sobre a imigração da década de 20. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1996.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. 7. ed. São Paulo: Paulus, 2005. 3 v.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. de. *O estudo da política*: tópicos selecionados. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SEYFERTH, Giralda. Construindo a nação: hierarquias raciais e o papel do racismo na política de imigração e colonização. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 1996.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*. São Paulo: Companhia das letras, 1993.

SKIDMORE, Thomas E. *Preto no branco*: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas. *Estudios Políticos*, Medellín, n. 33, p.41-65, jul./dic. 2008.



# O regulamento autônomo e seu papel na organização da Administração Pública Federal

IGOR LUIZ EBIHARA BARBOSA

## Sumário

Introdução. 1. Questão terminológica: regulamento ou decreto? 2. Apontamentos históricos e conceituais do regulamento autônomo. 3. A trajetória do regulamento autônomo no direito positivo brasileiro, sob os prismas normativo, doutrinário e jurisprudencial. 4. O art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal instituiu uma reserva de regulamento autônomo? 5. Possibilidades e limites do regulamento previsto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal. 5.1. Possibilidades de criação de órgãos por regulamento. 5.2. Possibilidades de extinção de órgãos por regulamento. Conclusão.

## Introdução

O presente estudo visa a analisar o papel do regulamento previsto no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal na criação e na extinção de órgãos públicos da Administração Pública Federal.

Essa modalidade de regulamento, sob a veste de decreto presidencial, surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001. Desde a entrada em vigor dessa Emenda, tal regulamento vem sendo amplamente utilizado pelo Presidente da República no delineamento de toda a estrutura de órgãos da Administração Pública Federal.

Este estudo consiste na investigação do debate em torno das possibilidades e dos limites da espécie regulamentar prevista no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Carta Maior. A competência para a criação e extinção de órgãos públicos é o seu problema central, pelo fato de ser a competência mais impactante sobre toda a estrutura administrativa.

Igor Luiz Ebihara  
Barbosa é bacharel  
em Direito pela  
Universidade Federal  
de Viçosa.

Neste trabalho é abordada, de forma breve, a questão terminológica envolvendo os termos “regulamento” e “decreto”, os quais são corriqueiramente empregados sem a devida precisão técnica. São analisadas, também, as delimitações conceituais do regulamento autônomo, a discussão a respeito da existência ou não de reserva de regulamento autônomo e as possibilidades de criação e extinção de órgãos públicos por regulamento.

## 1. Questão terminológica: regulamento ou decreto?

Antes de percorrer o itinerário investigativo deste estudo, é válido esclarecer como serão empregadas as expressões “regulamento” e “decreto”.

O termo “regulamento” designa o ato administrativo normativo em si. Como tentativa de delineamento conceitual destinado a facilitar a compreensão do tema ora analisado, é bastante recomendável registrar os ensinamentos do professor Clève (2000, p. 277):

“No direito brasileiro, o regulamento, em sentido lato, pode ser definido como qualquer ato normativo (geral e abstrato) emanado dos órgãos da Administração Pública. Em sentido estrito (que importa para o direito constitucional), regulamento será o ato normativo editado, privativamente, pelo Chefe do Poder Executivo.”

O sentido estrito da expressão “regulamento”, indubitavelmente, é o mais apropriado para este estudo, pois permite definir, de antemão, a autoridade competente para o ato normativo, no caso, o Chefe do Poder Executivo. O regulamento compõe-se de normas gerais e abstratas que passam a integrar, de maneira plena, a ordem jurídico-positiva. Trata-se de uma das ferramentas do Poder Executivo voltadas à intervenção de forma criativa no ordenamento jurídico.

O termo “decreto”, por seu turno, representa o veículo comunicativo do ato regulamentar. Neste ponto são elucidativas, novamente, as lições do professor Clève (2000, p. 279): “O regulamento é veiculado por meio de decreto. O decreto constitui o veículo pelo qual o Presidente da República formaliza os atos políticos (em princípio) e os atos administrativos, sejam executivos ou normativos.”

Tendo em conta a clara distinção entre os sentidos das expressões “regulamento” e “decreto”, é possível verificar, sem maiores dificuldades, que o objeto de investigação deste estudo é o ato administrativo normativo em si, em outras palavras, o regulamento previsto no art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Lei Maior, cujo veículo, segundo o próprio enunciado constitucional, é o decreto presidencial.

## 2. Apontamentos históricos e conceituais do regulamento autônomo

Primeiramente, cumpre esclarecer que nesta etapa investigativa serão abordados apenas os aspectos históricos e conceituais trazidos pela doutrina a respeito da espécie normativa denominada “regulamento autônomo”. Os apontamentos referentes à sua (in)existência e às suas características no direito positivo pátrio serão apresentados mais adiante neste trabalho.

A noção que se tem acerca da espécie normativa chamada de “regulamento autônomo” originou-se no direito francês. Como bem explica Binenbojm (2008, p. 160-161), foi a partir da entrada em vigor da Constituição Francesa de 1958 que se estabeleceram, naquele país, dois domínios normativos: o domínio da lei e o domínio do regulamento. O referido autor também informa que o art. 34 do diploma constitucional enumera, taxativamente, as matérias a serem disciplinadas por lei; enquanto o art. 37 determina que as demais matérias – não enumeradas no art. 34 – têm

caráter regulamentar e que as disposições legais anteriores à Constituição a respeito destas matérias residuais podem ser modificadas por regulamento, após consulta ao Conselho de Estado (que é órgão do Poder Executivo). O art. 37 preceitua ainda que os textos legislativos que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da Carta de 1958 só poderão ser modificados por regulamento se o Conselho Constitucional (órgão jurisdicional) declarar que a matéria tem natureza regulamentar. Binenbojm (2008, p. 161-162) assinala, ainda, que a doutrina e a jurisprudência francesa acabaram por relativizar essa rígida separação entre os domínios da lei e do regulamento, em virtude do posicionamento derradeiro do Conselho Constitucional. De fato, compete ao Conselho Constitucional decidir a qual domínio pertence determinada matéria (art. 41 da Constituição Francesa de 1958) e, havendo este assentado que a lei permaneceria dotada do atributo da universalidade temática, a discussão perdeu interesse na França. De qualquer forma – sob o risco de tornar letra morta os ditames da Carta Francesa de 1958 –, ainda se faz referência ao fato de, na França, subsistir um domínio regulamentar irredutível, qual seja a competência para disciplinar a organização e o funcionamento interno dos serviços públicos.

O professor Binenbojm (2008, p. 163), por fim, infere que o constituinte francês outorgou ao Poder Executivo um domínio material a ser disciplinado por regulamento. Ele poderá criar normas gerais e abstratas com fundamento direto na Constituição, independentemente de prévia disciplina legal. A aludida competência confere bastante força ao Poder Executivo para o desempenho da função normativa dentro da dinâmica da separação dos poderes do Estado francês.

Tendo em vista o fato de ser um conceito jurídico-positivo, o modelo de regulamento do art. 37 da Constituição Francesa deu origem à expressão conceitual “regulamento autônomo”, visto que essa espécie normativa tem fundamento direto na Constituição, dispensando a existência de lei.

A doutrina nacional extraiu do paradigma francês os traços caracterizadores do regulamento autônomo. Não obstante ser uma construção do constitucionalismo daquele país, os estudiosos pátrios não hesitaram em propor suas próprias formulações a respeito do regulamento ora analisado.

Para Grau (2008, p. 252-253, grifo do autor), por exemplo:

*“Os regulamentos autônomos ou independentes são emanações a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência.”*

O professor Clève (2000, p. 293) elucida em poucas palavras que “São autônomos os regulamentos criados pelo executivo em virtude de

competência outorgada diretamente pelo texto constitucional [...]”. A doutrinadora Ramos (2004, p. 518), por sua vez, assevera que os regulamentos autônomos “[...] retiram seu substrato de validade exclusiva e diretamente da própria Constituição. São atos que prescindem de prévia existência de lei para serem editados, não tendo um caráter complementar a qualquer diploma legal”. A melhor doutrina brasileira, em suas formulações conceituais, não se apegou às peculiaridades do art. 37 da Carta Francesa de 1958 para definir o regulamento autônomo. Pelo contrário, enfatizou duas características gerais, porém mais relevantes, desse legado francês: seu fundamento direto na Constituição e a ausência de lei como fundamento de sua existência.

Por fim, sem maiores divagações, entende-se que os regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, sendo a própria Constituição o seu fulcro imediato para emanação.

### **3. A trajetória do regulamento autônomo no direito positivo brasileiro, sob os prismas normativo, doutrinário e jurisprudencial**

Nos regimes das Constituições de 1824 (art. 102, inc. XII), 1891 (art. 48, 1º), 1934 (art. 56, § 1º), 1937 (art. 74, alínea “a”) e 1946 (art. 87, inc. I), existiam tão somente preceitos constitucionais instituidores de regulamentos de execução, destinados à “fiel execução” das leis. Não havia dispositivo constitucional cuja redação pudesse sinalizar a existência de regulamentos autônomos, tampouco existia um debate sólido sobre o tema. Cabe salientar, todavia, que, durante o regime da Carta de 1937, foram consagrados os “decretos-lei”, os quais denotavam verdadeira competência legislativa do Poder Executivo, nos termos dos arts. 12 e 13 da mencionada Carta.

No regime constitucional de 1967/69, surge a polêmica sobre a questão da existência de regulamentos autônomos no Brasil, com base no art. 81, inc. V, da Carta de 1967/1969<sup>1</sup>.

Segundo o doutrinador Cyrino (2004, p. 120): “Não admitiam a existência dos ‘regulamentos autônomos’ antes da Constituição de 1988, dentre outros, Carlos Mário da Silva Velloso, Luciano Ferreira Leite, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba.”

O professor Barroso (2001, p. 180) assinala que os referidos autores se basearam em dois argumentos básicos para negar a existência de re-

---

<sup>1</sup> Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] V – dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal;

gulamento autônomo no regime constitucional de 1967/69: o art. 81, inc. V, não prevê norma equivalente ao art. 37 da Constituição Francesa de 1958; e, no Brasil, o que prevalece é a supremacia da lei.

Cyrino (2004, p. 121) também assevera:

“Por outro lado, na vigência da Carta de 1969, admitiam a possibilidade de ‘regulamento autônomo’, Clenício da Silva Duarte, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Diógenes Gasparini, Sérgio Ferraz, Sérgio de Andréa Ferreira, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dentre outros.”

O Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1967/69, teve a oportunidade de manifestar-se favoravelmente à existência de regulamentos autônomos, com fundamento no art. 81, inc. V. Na Representação nº 1508-4/MT, julgada em 29/9/1988, arguiu-se a inconstitucionalidade do Decreto nº 406/87, do Estado de Mato Grosso, que, sem fundamento legal, alterava a estrutura organizacional de órgãos da Administração direta e indireta. Em seu voto, o relator Min. Oscar Corrêa assim julgou:

“[...] não há dúvidas sobre a legitimidade do decreto autônomo interno. Tem ele por fonte direta a própria Constituição e se faz lícito, numa compreensão sistemática da Carta Magna, desde que não invada matéria objeto de reserva de lei, desde que não interfira com os direitos individuais dos cidadãos e não importar aumento de despesa.[...] Convictos, assim, de que o decreto podia, em tese, dispor sobre quanto versou, entendemos não é inconstitucional no que cria órgãos, retira competências de outros, atribuindo-as a entes diversos, e reestrutura a administração. Tampouco nos parecem ilegítimas as providências anunciadas para instrumentalizar as mudanças” (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redação original do art. 84, inc.

VI<sup>2</sup>, a doutrina defensora dos regulamentos autônomos sofreu sensível retração, porquanto a matéria relativa à organização e ao funcionamento dos órgãos da Administração poderia ser disciplinada por regulamento apenas “na forma da lei”. Por isso, grande parte da doutrina passou a propugnar a existência de apenas regulamentos de execução.

Para ilustrar tal fato, Cyrino (2004, p. 123) assim leciona:

“Nesse sentido, Diógenes Gasparini mudou de opinião. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, que já defendia a mesma tese antes de 1988, José Afonso da Silva, Michel Temer e Clèmerson Merlin Clève defenderam a existência apenas dos regulamentos de execução. No entanto, Hely Lopes Meirelles manteve seu posicionamento doutrinário, não vislumbrando empecilhos ao poder regulamentar independente (*praeter legem*) em matérias que não violassem a precedência e a reserva de lei.”

O argumento básico da doutrina para desqualificar a hipótese de se considerar o art. 84, inc. VI, da Carta de 1988 como regulamento autônomo é muito bem representado pelo entendimento de Clève (2000, p. 293):

“[...] se os regulamentos de organização devem ser editados ‘na forma da lei’, é porque não podem ser introduzidos independentemente da lei. Inobstante o poder regulamentar, quando dirigido à produção de efeitos no interior da Administração, seja mais extenso que aquele conferido pelo inc. IV do art. 84, nem por isso autoriza o Presidente da República a editar regulamentos autônomos.”

Na época, o entendimento doutrinário majoritário se refletiu na jurisprudência do Supre-

<sup>2</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;

mo Tribunal Federal. Esta Corte assentou que os decretos regulamentares serviam tão-somente para dar “fiel execução à lei”, de modo que as normas desse caráter não poderiam disciplinar qualquer matéria sem lei prévia que já a regulasse. Por isso, os regulamentos autônomos (que independem de lei para existir) não deveriam ser admitidos na ordem jurídica pátria e estariam sujeitos ao controle concentrado de constitucionalidade. Para ilustrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vale destacar trecho do voto do então Min. Francisco Rezek:

“Cuida-se, aqui, ao que me parece, de decreto autônomo. Assim, em juízo liminar, afastado o argumento de que o decreto impugnado não se credencia ao controle concentrado de constitucionalidade. [...] Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (art. 84, IV, da CF/88). Estão, assim, vinculados a determinado diploma legal. Sua função é facilitar a execução da lei, torná-la praticável e, principalmente, facilitar ao aparelho administrativo sua fiel observância [...] Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige”<sup>3</sup> (BRASIL, 1996).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, o debate a respeito do regulamento autônomo recuperou seu vigor.

A redação do art. 84, inc. VI, da Constituição Federal de 1988 passou a ser:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Além disso, a aludida Emenda, dentre outras modificações, alterou a redação dos seguintes dispositivos: art. 48, incs. X e XI<sup>4</sup>; art. 61, § 1º, inc. II, alínea “e”<sup>5</sup>; e art. 88<sup>6</sup>.

Diante das alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 32/2001, a doutrina se dividiu acentuadamente sobre a configuração de regulamento autônomo na hipótese do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Lei Maior.

O professor Bandeira de Mello (2008, p. 338-339, grifo do autor) deixa claro seu entendimento contrário à existência do referido regulamento no seguinte trecho:

“O regulamento previsto no art. 84, VI, “a”, da Constituição Brasileira [...] confere, como resulta de sua disposição textual, poderes muito circunscritos ao Presidente, ao contrário do que ocorre nos regulamentos independentes ou autônomos do direito Europeu. Com efeito, se o Chefe do Exe-

<sup>4</sup>Na redação original, estabelecia-se como atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre: “X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;” “XI – criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública;” Segundo a nova redação, é atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre: “X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;” “XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;”

<sup>5</sup>Na redação original, havia iniciativa privativa do Presidente da República para projeto de lei que dispusesse sobre: “e) criação, *estruturação e atribuições* dos ministérios e órgãos da Administração pública;” Hoje, a alínea “e” do § 1º, inciso II, do art. 61 tem a seguinte redação: “e) criação e extinção dos ministérios e órgãos da Administração pública, *observado o disposto no art. 84, VI;*”

<sup>6</sup>Na redação original: “Art. 88. A lei disporá sobre a criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios.” Redação atual: “Art. 88. A lei disporá sobre criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.”

<sup>3</sup>Veja no mesmo sentido: ADI nº 1396-3/SC (BRASIL, 1998), ADI nº 1590-7/SP (BRASIL, 1997), ADI nº 708-4/DF (BRASIL, 1992).

cutivo não pode nem criar nem extinguir órgão, nem determinar qualquer coisa que implique aumento de despesa, que pode ele, então, fazer, a título de dispor sobre “organização e funcionamento da Administração Federal”? [...] Mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei. Como é possível imaginar que isto é o equivalente aos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu, cuja compostura, sabidamente, é muitíssimo mais ampla?”

Também no sentido contrário, destacam-se as lições de Carvalho Filho (2009, p. 59-60):

“Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. [...] Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, assim mesmo mediante imposições derivadas ou subsidiárias, mas nunca originárias. Esse aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos.”

Há, porém, quem pense de maneira diversa dos autores supramencionados. Di Pietro (2009, p. 91) afirma que, “Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a”. No mesmo sentido, ensina Silva (2006, p. 485, grifo do autor):

“Enfim, *regulamentos autônomos* são aqueles que demonstram a realidade de um poder regulamentar da Administração. Não há dúvida da existência deste poder quando se trata de regulamentos de organização, onde expressamente não se tenha reservado uma esfera à lei. É o que agora prevê o inciso VI

deste art. 84, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional 32/2001.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 32/2001, não se debruçou, com maior ímpeto, sobre o regime jurídico do regulamento previsto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Lei Maior. No julgamento da ADI nº 2564-3/DF, da relatoria da Min. Ellen Gracie, o STF assentou o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 32/2001 permitiu expressamente ao Presidente da República dispor sobre organização e funcionamento da administração federal por meio de regulamento, conforme registrado na ementa abaixo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO Nº 4.010, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2001. PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. LIBERAÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da República a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. *Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional nº 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente*” (BRASIL, 2003, grifo nosso).

De acordo com a Constituição Federal, o tema “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação e extinção de órgãos

públicos” é matéria que pode ser disciplinada por regulamento. Não obstante ser um domínio temático estreito, o Chefe da Administração pode criar normas gerais e abstratas sobre a referida matéria com fundamento direto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, independentemente de lei. A atribuição dessa competência organizativa se deu de forma explícita no texto constitucional e sem a presença de fórmulas como “na forma da lei”, “de acordo com a lei”, “nos termos da lei” e outras. A atividade criativa do administrador, no exercício dessa competência, é cerceada, principalmente, pelos princípios constitucionais e pelos ditames legais em geral, haja vista que o fundamento de existência dessas normas regulamentares não está em uma lei específica, mas sim na Constituição. Portanto, os traços caracterizadores do regulamento autônomo se consubstanciam na hipótese do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Carta Maior.

#### **4. O art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal instituiu uma reserva de regulamento autônomo?**

Primeiramente, cumpre esclarecer que reserva de regulamento autônomo corresponde a um domínio temático, estabelecido constitucionalmente, cuja disciplina jurídica só pode ser veiculada por meio dessa espécie normativa. Logo, a lei que adentrar tal domínio será inconstitucional.

Analisando as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, é razoável inferir que a matéria relacionada à “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” só pode ser disciplinada por meio de regulamento autônomo?

O professor Cyrino (2004, p.118) responde positivamente, nos seguintes termos:

“[...] com a nova redação do art. 84, VI da Constituição, as normas sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicarem aumento de despesa, são reservadas à Administração Pública, na figura do Presidente da República, salvo delegação dessa atribuição (art. 84, parágrafo único), que disporá sobre o assunto através de regulamento. Nessa seara não poderá o legislador se imiscuir, sob pena de inconstitucionalidade.”

A doutrinadora Ramos (2004, p. 525-526) manifesta-se no mesmo sentido:

“Em matéria de organização administrativa, a EC nº 32/2001 parece ter introduzido hipótese de deslegalização. A deslegalização, admissível apenas quando escorada em norma constitucional, significa a retirada de determinada matéria da esfera da lei, atribuindo-se a atos infralegais a competência para regulá-la, de forma inovadora na ordem jurídica. [...] Nesses termos, a organização e o funcionamento da Administração, sem aumento de despesa, passaram a ser matéria de ato regulamentar.”

Os autores supracitados apresentam, em linhas gerais, a mesma argumentação para fundamentar a existência de reserva de regulamento autônomo.

O principal ponto levantado pelos autores relaciona-se ao fato de a Emenda Constitucional nº 32/2001 ter retirado os termos “estruturação e atribuições” da redação dos arts. 48, inc. XI, 88 e 61, § 1º, inc. II, alínea “e”, além da remissão ao art. 84, inc. VI inserida neste último. Na redação original da Constituição Federal de 1988, a matéria referente a estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública era matéria de lei, cuja iniciativa era privativa do Presidente da República. Com o advento da Emenda nº 32/2001, segundo os autores, a aludida matéria passou a ser objeto de disciplina jurídica exclusivamente por meio de

regulamento presidencial. A ideia que se extrai dos termos “estruturação e atribuições” passou a integrar a noção jurídica pertinente à expressão “organização e funcionamento”, prevista no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Lei Maior. Esse seria o propósito do constituinte com as modificações trazidas pela Emenda nº 32/2001.

Além disso, os autores enfatizam que o intuito do constituinte de criar uma reserva de regulamento autônomo, em matéria organizativa, não configura violação ao princípio da separação dos poderes. Essa reserva busca, justamente, conferir maior equilíbrio entre os poderes, haja vista que a Carta Magna assegurou, tanto aos Tribunais (art. 96, inc. I, alínea “a”) quanto ao Poder Legislativo (art. 51, inc. IV, para a Câmara dos Deputados; e art. 52, inc. XIII, para o Senado), competência privativa para organização de suas secretarias e serviços administrativos. Portanto, o preceito do art. 84, inc. VI, alínea “a” mantém certo paralelismo com a competência organizativa dos outros poderes.

Contudo, a despeito das mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 32/2001, a tônica das normas constitucionais referentes à organização e ao funcionamento da Administração federal não parece sinalizar a existência de uma reserva de regulamento autônomo.

A redação do art. 48, inc. XI, da Constituição Federal prevê que é matéria de lei a “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”. Partindo da premissa de que órgãos públicos são um feixe de competências (atribuições) públicas, é razoável concluir que a lei é veículo perfeitamente idôneo para disciplinar as “atribuições” da Administração Pública. A retirada deste termo da redação do inc. XI do art. 48 não extrai do domínio legal a matéria referente a atribuições dos órgãos da Administração, pois tal matéria está implicitamente inserida na competência para criar ou extinguir os próprios órgãos. A retirada do termo “estru-

turação” do aludido dispositivo constitucional também não surtiu efeito, porquanto a lei que cria e/ou extingue órgãos está definindo, consequentemente, a estrutura da Administração.

A lei apta a criar e/ou extinguir órgãos, *a fortiori*, pode apenas modificar as atribuições e a estrutura da Administração Pública, sendo, desse modo, instrumento idôneo para regular toda a matéria referente a sua organização e funcionamento. Por isso, o preceito do art. 48, inc. XI, da Lei Maior merece uma interpretação extensiva, de modo que a compreensão de seu enunciado não englobe tão somente a criação e a extinção dos órgãos da Administração, mas sim toda a matéria relacionada à sua organização e funcionamento.

A iniciativa de lei que cria ou extingue órgãos da Administração Pública é privativa do Presidente da República, conforme o disposto no art. 61, § 1º, inc. II, alínea “e”, da Carta Magna. A remissão ao art. 84, inc. VI, inserida na redação do dispositivo, não parece ser um sinal claro de que o constituinte derivado criou uma reserva de regulamento em matéria de organização e funcionamento da Administração, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Isso porque a competência legislativa para criar e extinguir órgãos da Administração Pública engloba, naturalmente, a possibilidade de regular sua organização e funcionamento. Evidentemente, se a lei pode o mais – que é o tratamento de questões que envolvam aumento de despesa, criação e extinção de órgãos públicos –, deve igualmente poder o menos.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 consagrou o regulamento autônomo na norma do art. 84, inc. VI, alínea “a”, como uma nova espécie de ato normativo primário, contudo não lhe delineou um domínio reservado. O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, parece ter acolhido esse entendimento. No

juízo da ADI nº 3254/ES, relatada pela Min. Ellen Gracie, o STF assentou a possibilidade, e não a obrigatoriedade, do tratamento, por meio de regulamento, de normas sobre remodelação de atribuições de órgão da Administração Pública, conforme a ementa, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 7.755, DE 14.05.04, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TRÂNSITO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PREVISTA NO ART. 22, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. USURPAÇÃO. ARTS. 61, § 1º, II, E 84, VI, DA CARTA MAGNA. 1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que o trânsito é matéria cuja competência legislativa é atribuída, privativamente, à União, conforme reza o art. 22, XI, da Constituição Federal. Precedentes: ADI 2.064, rel. Min. Maurício Corrêa e ADI 2.137-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 2. O controle da baixa de registro e do desmonte e comercialização de veículos irrecuperáveis é tema indissociavelmente ligado ao trânsito e a sua segurança, pois tem por finalidade evitar que unidades automotivas vendidas como sucata – como as sinistradas com laudo de perda total – sejam reformadas e temerariamente reintroduzidas no mercado de veículos em circulação. 3. *É indisponível a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação.* 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente” (BRASIL, 2005, grifo nosso).

No julgamento da ADI nº 2857/ES, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, o STF reafirmou seu entendimento no sentido da mera possibilidade da edição de regulamento, o que não afasta, evidentemente, a possibilidade de disciplina da matéria em leis de iniciativa do Chefe da Administração Pública, consoante a ementa a seguir:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.835/2001 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INCLUSÃO DOS NOMES DE PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS INADIMPLENTES NO SERASA, CADIN E SPC. ATRIBUIÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA. INICIATIVA DA MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. A lei 6.835/2001, de iniciativa da Mesa da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, cria nova atribuição à Secretaria de Fazenda Estadual, órgão integrante do Poder Executivo daquele Estado. À luz do princípio da simetria, *são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versam sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “e”, e art. 84, VI, “a”, da Constituição federal).* Inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa da lei ora atacada” (BRASIL, 2007, grifo nosso).

De acordo com a atual sistemática constitucional, tanto a lei quanto o regulamento autônomo podem regular a organização e o funcionamento da Administração Pública, cabendo, é claro, a restrição para este último quanto ao aumento de despesa e a criação ou extinção de órgãos públicos. Tendo em vista que a lei é de iniciativa privativa do Presidente (art. 61, § 1º, inc. II, alínea “e”, da CF/88) e o regulamento do art. 84, inc. VI, alínea “a”, por si, já é uma competência deste, é razoável destacar que ambos são vias normativas primárias à disposição do Chefe da Administração, porquanto estão sob o mesmo patamar na hierarquia de normas, afinal, ambos têm fundamento de existência na Carta Maior. Logo, a superveniência de lei organizativa prevalecerá sobre o regulamento autônomo, no que dispuser em sentido diverso, e vice-versa.

Alguns podem inferir que o fato de o regulamento autônomo estar sob o mesmo patamar da lei tornaria inócuo todo o processo deliberativo efetuado pelo Legislativo, pois o Chefe do Executivo poderia desfazer, por meio do exercício da competência regulamentar prevista no art. 84, inc. VI, alínea “a”, as eventuais diferenças entre o texto legal aprovado e o projeto de lei por ele apresentado. De fato, esse quadro poderia se concretizar, mas em raras ocasiões, tendo em vista as restrições contidas no referido dispositivo constitucional.

Ainda assim, não se trata de exercício ilegítimo da competência regulamentar, porquanto a independência do Poder Executivo, e sua própria governabilidade, dependem da possibilidade de auto-organização administrativa sem a interferência legislativa. O Chefe da Administração, sem dúvida, conhece com muito profundidade a rotina administrativa e, por isso, tem mais aptidão para identificar deficiências na organização e estrutura dos órgãos da Administração.

A função normativa em análise representa um dos mecanismos de “freios e contrapesos” pertinentes à versão sofisticada do princípio da separação dos poderes<sup>7</sup>, pois permite ao Poder Executivo estruturar-se internamente para atender às finalidades constitucionais e legais que lhe são atribuídas sem depender, constantemente, da participação do Poder Legislativo, consubstanciada no processo legislativo.

Entretanto, o constituinte atribui a competência regulamentar ora analisada ao Poder Executivo para ser exercida dentro de parâmetros pré-fixados no texto constitucional. O Presidente da República não pode

---

<sup>7</sup> A separação de poderes se sofisticou através de um sistema de freios e contrapesos, o qual implica a interpenetração das funções estatais. Nesse sistema, a separação de poderes não pode ser entendida como uma divisão estanque das funções típicas de cada um dos ramos que compartilham a autoridade estatal, mas como uma estrutura de cooperação entre eles. Tal sistema, ao invés de desvirtuar a separação de poderes, a aprimora: se o que se quer com a separação dos poderes é moderação, esta é incrementada através de um sistema que aprofunda as limitações recíprocas (SOUZA NETO, 2006, p. 32).

criar, indiscriminadamente, normas sobre matérias sujeitas à reserva legal, sob o pretexto de regular a organização e o funcionamento da Administração Pública. Isso seria uma nítida violação ao próprio princípio da separação dos poderes, bem como à democracia e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito, porquanto o respaldo majoritário almejado pela instituição da reserva legal sucumbiria à unilateralidade da vontade do Chefe da Administração, veiculada no exercício da competência regulamentar.

Cabe destacar, então, que a norma do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Carta Maior tem caráter nitidamente excepcional, ao permitir a disciplina da organização e do funcionamento da Administração mediante regulamento somente quando isto não importar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Logo, a regra geral é que qualquer tema relacionado à organização e ao funcionamento da Administração seja tratado em lei de iniciativa do Chefe do Executivo.

Por fim, é importante enfatizar que o Chefe da Administração tem à sua disposição a via legal, quando a reforma na organização administrativa demandar alterações mais profundas nas competências públicas, com ou sem elevação de despesas; e a via do regulamento autônomo, quando a demanda por modificações não acarretar elevação de gastos e não der origem a uma estrutura acentuadamente distinta da prevista em lei.

## **5. Possibilidades e limites do regulamento previsto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal**

### **5.1. Possibilidades de criação de órgãos por regulamento**

Nos termos do art. 48, inc. XI, da Constituição Federal, a criação de órgãos públicos depende de lei. Para a caracterização do órgão, é necessária a presença, em seu interior, de agentes públicos para exercerem as competências administrativas a ele pertinentes. Esses agentes ocuparão cargos, empregos ou funções públicas, que também devem ser criados por lei, consoante a norma do art. 48, inc. X, da Constituição Federal.

A vedação à criação de órgão público por regulamento foi reforçada pela Emenda nº 32/2001, visto que, além de manter a reserva legal do art. 48, inc. XI, retirou do domínio do regulamento autônomo a possibilidade de “criação ou extinção de órgão público”, conforme a parte final do art. 84, inc. VI, alínea “a”. Destarte, numa primeira leitura, o constituinte derivado parece ter vedado qualquer forma de criação de órgãos por meio de regulamento.

A tônica dessas normas constitucionais está intimamente ligada ao fato de a criação de órgãos públicos geralmente acarretar um aumento

das despesas públicas, principalmente quando está acompanhada da criação de novos cargos, empregos ou funções. Esse tipo de modificação custosa na estrutura da Administração Pública deve ser debatido e decidido na instância legislativa para se verificarem as possibilidades orçamentárias. Afinal, os recursos públicos são escassos e a legitimidade da decisão a respeito de seu dispêndio, por se tratar de uma decisão inevitavelmente desalocativa, depende do maior respaldo possível.

A preocupação do constituinte em consignar a criação de órgãos públicos como matéria de lei deve-se ainda à busca pela proteção da esfera de direitos dos administrados. Caso o Chefe do Executivo pudesse criar livremente os órgãos da Administração, seria possibilitada a criação de competências públicas restritivas e condicionadoras dos direitos dos cidadãos de forma unilateral e sem o respaldo em lei. Isso violaria por completo o direito fundamental previsto no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal. Nessa diretriz estão os ensinamentos do professor Modesto (2010, p. 5):

“Os regulamentos de organização podem dispor sobre as atribuições dos órgãos públicos, promovendo a sua redistribuição, fusão ou segregação, mas não estão autorizados a criar ou extinguir atribuições, matéria que permanece deferida às leis [...] Ademais, como se viu, o veto à criação ou extinção de atribuições administrativas decorre logicamente da proibição à criação ou extinção de órgãos, matéria excluída do campo material dos regulamentos organizativos (CF, art. 84, VI, “a”).”

Todavia, o que sugere a literalidade do novo enunciado do art. 84, inc. VI, alínea “a”, não parece ser o sentido mais adequado para a norma.

Ainda sob a vigência da redação original do art. 84, inc. VI, da Constituição de 1988, o professor Sundfeld (1991, p. 48) já ponderava:

“[...] em princípio, é dado ao decreto criar órgão, desde que o faça com o aproveitamento de cargos já existentes e desde que suas competências ou já tenham sido atribuídas por lei à Administração ou não importem na prática de atos que constriam a esfera jurídica dos particulares.”

O doutrinador Cyrino (2004, p. 140) também vislumbra a possibilidade de criação de órgão público no seio Administração por meio de regulamento presidencial. Eis as suas lições:

“É evidente que a “criação” de órgãos administrativos através da técnica da subdivisão não foi abolida do sistema brasileiro. O *telos* reformador foi agilizar a Administração e facilitar os meios de sua própria organização. A idéia não era dificultar a sua reestruturação interna, como ocorreria numa interpretação literal da vedação em discussão. Em síntese, o que se quer demonstrar é que a subdivisão orgânica não significa, em princípio, a criação de novos órgãos no sentido da norma do art. 84, VI, “a”, da Constituição. O que não se vislumbra ser possível é que, através da reorganização e transferência de atribuições administrativas se crie órgão novo com características inteiramente diversas dos órgãos que lhe deram origem. Nesse caso, pode-se pegar emprestada, como parâmetro da ação regulamentar, a idéia do desvio de finalidade dos atos administrativos.”

De fato, o enunciado do art. 84, inc. VI, alínea “a”, deve ser interpretado *cum grano salis*. O entendimento segundo o qual a vedação à criação de órgãos contida no dispositivo é absoluta não condiz com o espírito da norma de conferir maior adaptabilidade à estrutura organizacional da Administração, de modo a satisfazer com maior eficiência e economicidade as demandas sociais.

Esse tipo de consideração, contrário à literalidade do enunciado normativo, não deve ser desprezado de plano. Afinal, a hermenêutica

jurídica contemporânea, influenciada pelo neopositivismo, consagrou um novo paradigma de interpretação de normas, sintetizado pelo professor Aragão (2009, p. 298, grifo do autor):

“O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica esta sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. *Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta.* Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei [...]”

É auspicioso destacar que perquirir o espírito da norma do art. 84, inc. VI, alínea “a”, transpondo a compreensão meramente literal de seu texto, e buscando desvendar os valores e os objetivos subjacentes a ele, nada mais é do que um reflexo da compreensão finalística de legalidade. A compreensão desse princípio passa a ter um enfoque pragmático, preocupado com a consecução eficiente dos resultados pretendidos pelas normas jurídicas. Contudo, esse enfoque não está atrelado a uma lógica utilitária, baseada unicamente no bem-estar majoritário, mas sim aos consensos mínimos consagrados na Constituição, consubstanciados em valores morais e fins públicos de suma importância para o bem-estar *de todos*, e não apenas da maioria. Esse novo paradigma de legalidade é precisamente descrito nas seguintes lições de Ferraz Jr. (2004, p. 6):

“O sentido moderno de legalidade vê na lei não tanto uma condição e um limite, mas, basicamente um instrumento de exercício da atividade administrativa. Como instrumento, seu princípio hermenêutico está na solidariedade entre meios e fins, donde a razoabilidade da atividade administrativa, submetida, então, a uma avaliação de sua eficiência. [...] Se pela legalidade estrita bastava ao administrador cumprir os requisitos formais para que emitisse seu ato de escolha, oportuna e conveniente, dentre o leque de alternativas aberto pela lei, a legalidade finalística o vincula a uma otimização de sua solução para o preenchimento dos conceitos e diretrizes legais. E quando se fala em otimização, na esteira do princípio da eficiência, entra em cena não só o êxito na execução dos objetivos legais (adequação), como também a ponderação dos meios em termos de necessidade (proibição de excesso), de redução dos custos impostos aos administrados e de ponderação de outros direitos e liberdades individuais envolvidas (proporcionalidade em sentido estrito).”

De acordo com esse novo paradigma de legalidade, a mera conformidade com os enunciados normativos (sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais) não confere legitimidade à atividade administrativa. Logo, o administrador, no exercício da competência regulamentar

organizativa, não deve se restringir ao sentido literal do art. 84, inc. VI, alínea “a”; deve, pelo contrário, focar-se na busca pela maior eficiência e economicidade dentro da estrutura de órgãos da Administração. Afinal, a legitimidade da aludida atividade normativa também depende de sua contribuição para a obtenção dos resultados exigidos pelos ditames constitucionais e legais.

Diante do conjunto de normas constitucionais referentes à Administração Pública, não é difícil perceber que os princípios da eficiência (art. 37, *caput*, da CF/88) e da economicidade (art. 70 da CF/88) são os vetores finalísticos subjacentes à norma do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Lei Maior. Logo, em homenagem a eles, é razoável que esta norma autorize a criação de órgãos públicos sob determinados limites. Sem essa possibilidade, a aludida competência regulamentar pouco serviria para organizar internamente a estrutura da Administração, e muito menos para conferir-lhe a eficiência e economicidade almejadas pela Constituição.

Com efeito, a criação de órgãos públicos mediante regulamento deve respeitar certos limites extraíveis do próprio enunciado do art. 84, inc. VI, alínea “a”, e do sistema de normas constitucionais referentes à organização e ao funcionamento da Administração Pública.

O texto do art. 84, inc. VI, alínea “a”, prevê a seguinte ressalva: “[...] quando não implicar aumento de despesa [...]”. Esse limite imposto ao administrador é de suma relevância, pois visa a assegurar que os recursos públicos sejam gastos de acordo com as previsões orçamentárias.

A escassez de recursos públicos frente à magnitude das demandas sociais torna a decisão a respeito de seu dispêndio inevitavelmente trágica, afinal, toda alocação de recursos em favor de um grupo corresponderá a uma desalocação para outro. Logo, sempre haverá divergências quanto à definição de prioridades nas despesas

públicas. Dentro de um regime democrático como o brasileiro, a decisão que define essas prioridades deve ter o maior respaldo possível para que seja legítima, por isso é consagrada em lei (orçamento).

Os recursos públicos têm destino definido em orçamento e o Chefe da Administração não está autorizado a elevar as despesas públicas unilateralmente sob o argumento de disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos administrativos. Caso a mudança na estrutura de órgãos aumente as despesas, o Chefe do Executivo deverá encaminhar projeto de lei a ser discutido no Legislativo, que poderá aprová-lo, modificá-lo ou, até mesmo, rejeitá-lo.

A necessidade de aproveitamento dos cargos já existentes na criação de órgãos por regulamento homenageia a ressalva referente ao aumento de despesas prevista no texto do art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil. Afinal, a criação de cargos públicos é uma medida que gera, notoriamente, acréscimo das despesas públicas com pessoal. Ademais, a norma do art. 48, inc. X, da Lei Maior é clara ao estabelecer reserva legal para a criação de cargos, empregos e funções públicas. Entretanto, é relevante observar o seguinte exemplo hipotético trazido por Sundfeld (1991, p. 48, grifo nosso):

“Assim, é admissível que, através de decreto, o Governador do Estado crie órgão denominado ‘Assessoria Especial de Assuntos Internacionais’, se o cargo de assessor, anteriormente criado por lei, já existe nos quadros da Administração, e se as competências a ele atribuídas se resumem à assessoria do Chefe do Executivo em assuntos internacionais [...]”

O remanejamento dos cargos já existentes, sem dúvida, não pode ser efetuado de forma livre e incondicionada. O Chefe da Administração, ao criar órgão público por meio

de regulamento, deve redistribuir os cargos públicos, de maneira que permaneçam incólumes todos os condicionamentos previstos no art. 37 da Lei nº 8.112/1990 – sobretudo os descritos nos incisos III e VI: manutenção da essência das atribuições do cargo; e compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade. Essas condições também são, em certa medida, coerentes com a sistemática dos cargos em comissão e funções comissionadas. Portanto, o agente público não pode ser redistribuído de um órgão para exercer uma atividade totalmente distinta em outro. Ainda que por meio de regulamento autônomo se crie nova competência para órgão público (hipótese que será discutida e analisada mais adiante), o acréscimo no plexo de tarefas dos agentes deve manter certa correspondência lógico-temática com suas atribuições já criadas por lei.

O Chefe da Administração não está autorizado a emanar regulamento autônomo para conceber órgãos públicos com novas competências que venham a restringir ou condicionar os direitos e as liberdades dos cidadãos em geral. Isso porque qualquer restrição ou condicionamento deve ter fundamento legal, nos termos do art. 5º, inc. II, Constituição Federal. Contudo, não parece violar essa limitação à competência organizativa a criação de órgãos por subdivisão com o aproveitamento dos cargos já existentes e sem criação de nova competência.

Destarte, as atribuições pertinentes a um órgão são agrupadas e separadas, dando origem a uma pluralidade de novos órgãos com maior especificidade em sua dinâmica de funcionamento. Não havendo criação de competências públicas que atinjam a esfera dos cidadãos em geral, as possibilidades de criação de órgãos com as competências já existentes são as mais variadas, como é o caso da fusão, em que uma pluralidade de órgãos dá origem a um único órgão. Trata-se de um mecanismo de grande importância, pois permite ao Chefe da Administração adaptar a estrutura administrativa de forma célere, sem depender de autorização legislativa. Isso contribui consideravelmente para a tão almejada eficiência no cumprimento dos deveres impostos pela lei à Administração.

Entretanto, uma importante questão merece destaque: pode o Chefe do Executivo criar órgãos públicos com novas atribuições restritivas ou condicionantes, incidentes única e exclusivamente sobre aqueles que mantêm uma relação de sujeição especial com a Administração?

Primeiramente, é imprescindível compreender o que é relação de sujeição especial<sup>8</sup>. São brilhantes as lições de Bandeira de Mello (2008, p. 818-819, grifo do autor) a respeito do tema:

---

<sup>8</sup>Para um estudo mais aprofundado acerca do desenvolvimento histórico do conceito de relação de sujeição especial, recomenda-se: Wimmer (2007).

“a) é inequivocamente reconhecível a existência de *relações específicas intercorrendo entre o Estado e um círculo de pessoas que nelas se inserem*, de maneira a compor situação jurídica muito *diversa da que atina à generalidade das pessoas*, e que demandam poderes específicos, exercitáveis, dentro de certos limites, pela própria Administração. Para ficar em exemplos simplíssimos e habitualmente referidos: é diferente a situação do servidor público, em relação ao Estado, da situação das demais pessoas que com ele não travaram tal vínculo; é diferente, em relação à determinada Escola ou Faculdade Pública, a situação dos que nela estão matriculados e o dos demais sujeitos que não entretêm vínculo algum com as sobreditas instituições [...] Em quaisquer destes casos apontados, os vínculos que se constituíram são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, exigentes de uma certa *disciplina interna* para funcionamento dos estabelecimentos em apreço, a qual, de um lado, faz presumir *certas regras, certas imposições restritivas, assim como, eventualmente, certas disposições benéficas, isto é, favorecedoras*, umas e outras tendo em vista regular a situação dos que se inserem no âmbito de atuação das instituições em apreço e que *não têm como deixar de ser parcialmente estabelecidas na própria intimidade delas*, como condição elementar de funcionamento das sobreditas atividades.”

No contexto da Administração Pública, a relação de sujeição especial consubstancia vínculo jurídico regido por normas criadas internamente, destinadas a disciplinar o funcionamento da própria estrutura administrativa, que atingem, por consectário, a esfera jurídica de todos os indivíduos que venham a participar desta estrutura consoante sua disciplina interna. No entanto, são muito oportunas as observações do doutrinador espanhol Gallego Anabitarte (1961, p. 24, grifo do autor) acerca da multiplicidade de relações de sujeição especial:

“No existe ninguna *relación especial de sujeción*, sino *relaciones especiales de sujeción*, o, mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas. No se trata con esta afirmación de “deshacer” el concepto de relación especial de sujeción, sino de ser consecuente con un hecho – la gran diferencia que reina entre las relaciones especiales de sujeción – con el cual se topa cualquier investigación sobre estas instituciones.”

Dentro da dinâmica da Administração Pública, constata-se uma miríade de situações em que se formará um vínculo jurídico específico entre o cidadão e o Estado. Os componentes desse vínculo são definidos pelo Estado por meio de normas internas. As peculiaridades dessas situações são inúmeras, o que dificulta a formulação de uma espécie de “modelo” de relação de sujeição especial. A título de ilustração, basta cotejar as circunstâncias jurídicas que envolvem um presidiário e um estudante de escola pública – ambos tidos como exemplos clássicos de relações de sujeição especial. De fato, é fácil perceber a disparidade das situações, o que suscita sérios questionamentos acerca da consistência lógica do conceito.

Com o objetivo de elucidar a questão, Gallego Anabitarte (1961, p. 25) reconhece as múltiplas faces que as aludidas relações podem assumir, mas identifica características essenciais capazes de sustentar o conceito:

“Las relaciones especiales de sujeción están caracterizadas por diversas notas:

- acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones;
- estado general de libertad limitada;
- existencia de una relación personal;
- imposibilidad de establecer de antemano extensión y contenido de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados;
- el hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de Ley;
- el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo;
- la alusión a un elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento;
- el admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.

En cada una de las relaciones especiales de sujeción se presentan estas notas con diferente intensidad.”

As características aduzidas são muito úteis para identificar as relações de sujeição especial na realidade fática da rotina administrativa. Para o foco desta análise – que é a intimidade dos órgãos públicos –, parece bastante clara a configuração de uma relação de sujeição especial para os servidores públicos, sendo este, portanto, o grupo de pessoas mais atingido por normas de caráter interno estabelecidas unilateralmente pela Administração Pública. Quanto aos particulares que tenham algum vínculo específico com a Administração, a caracterização de uma relação de sujeição especial dependerá das peculiaridades de cada liame jurídico. Certamente, há casos de fácil constatação, como as situações do estudante de uma escola pública, do usuário de uma biblioteca pública, do presidiário; porém alguns casos são polêmicos, por exemplo: a utilização de estabelecimentos públicos como museus e de serviços de transporte, e a situação de parlamentares e ministros de Estado.

Em relação ao fato de essas normas serem criadas pela própria Administração Pública, e não pelo Legislativo, vale registrar, novamente, os ensinamentos do professor Bandeira de Mello (2008, p. 820, grifo do autor):

“b) É igualmente reconhecível que nas situações referidas [relações de sujeição especial], ou em muitas delas, seria *impossível, impróprio, e inadequado* que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa. Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável, qual seja, a de produzir uma miríade de regras, ademais extremamente particularizadas, dependentes de situações peculiares, e muitas vezes cambiantes, cuja falta, insuficiência ou inadaptação literalmente paralisariam as atividades públicas ou instaurariam o caos.”

A crença segundo a qual a “vida” dos órgãos públicos só pode ser regulada por meio de lei é uma visão absolutamente legalista e representa um verdadeiro entrave ao funcionamento da Administração Pública. Como bem elucidado nas lições de Bandeira de Mello (2008) supracitadas, a exigência de lei para regular toda e qualquer situação jurídica que emanasse do interior dos órgãos públicos paralisaria tanto a instância legislativa como a administrativa.

O exercício das atividades administrativas, com eficiência e economicidade, requer adaptabilidade nas normas organizativas para enfrentar as peculiaridades da rotina dos órgãos públicos. A lei, contudo, não parece satisfazer por completo tal exigência, em razão da complexidade de seu processo de elaboração e da incapacidade institucional do Poder Legislativo de conhecer a rotina da maioria dos órgãos administrativos.

De acordo com as considerações realizadas, é razoável concluir que o funcionamento dos órgãos da Administração Pública não deve ser disciplinado única e exclusivamente por lei, deve admitir outras fontes normativas. A complexidade da rotina administrativa torna inviável o regramento, mediante lei, de todas as situações jurídicas que se configuram no interior dos órgãos públicos. Desse modo, o regulamento autônomo do art. 84, inc. VI, alínea “a”, passa a assumir papel de extrema importância, principalmente no que se refere à disciplina das situações jurídicas decorrentes de relação de sujeição especial.

Diante das características das relações de sujeição especial, a criação de atribuições aos órgãos públicos com o intuito de discipliná-las parece consentânea com a dinâmica pretendida pelo constituinte ao estabelecer a competência organizativa do art. 84, inc. VI, alínea “a”. Afinal, não resta dúvida de que as relações de sujeição especial fazem parte da estrutura administrativa e, por isso, estão sujeitas a toda e qualquer disciplina voltada à organização e ao funcionamento da Administração. Seria um verdadeiro contrassenso blindar esse tipo de relação contra normas cujo foco é justamente regular o que se passa no interior da estrutura administrativa, como é o caso do regulamento autônomo.

Com efeito, a criação de órgãos por meio de regulamento com novas atribuições restritivas ou condicionantes é legítima, desde que estas incidam sobre o conjunto de indivíduos (agentes públicos ou não) integrantes de uma relação de sujeição especial. Nesse ponto, não se pode olvidar a advertência feita por Bandeira de Mello (2008, p. 821, grifo do autor):

“d) [as relações de sujeição especial] não podem produzir, por si mesmas, consequências que restrinjam ou elidam *interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever*, pois, de tal supremacia, só resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo entretido entre Administração e quem nele se encontra internado. Ressalvam-se, apenas, por óbvio, as decisões cujos efeitos sobre este, por simples consequência lógica irrefragável, repercute na situação de um terceiro. Por exemplo: uma norma que proíba os internos em um hospital de receberem visitas a partir do horário ‘x’ repercute sobre todos os eventuais visitantes.”

Ademais, as disposições regulamentares devem restringir ou condicionar tão somente o que for instrumentalmente necessário para o alcance das finalidades subjacentes à configuração da relação de sujeição especial. Não resta dúvida de que o princípio da razoabilidade deve imperar como balizador da análise.

Portanto, a competência regulamentar prevista no art. 84, inc. VI, alínea “a”, pode dar origem a órgãos públicos por meio do processo de subdivisão, podendo também criar novas competências para estes, desde que relacionadas à disciplina de relações de sujeição especial. Além disso, parece ser admissível a hipótese de criação de órgão cujo feixe seja composto exclusivamente por atribuições relacionadas às aludidas relações, como é o caso de secretarias, assessorias, e órgãos de controladoria interna dos agentes públicos e dos serviços administrativos. Não é difícil perceber que essa

modalidade de órgão tem como foco funcional a intimidade da estrutura administrativa, criando, assim, novas atividades para os servidores públicos já integrantes do quadro de pessoal da respectiva estrutura, bem como para os servidores eventualmente redistribuídos.

Aproveita-se para lembrar, com relação a essa discussão, que as hipóteses ora mencionadas não devem gerar aumento de despesa, tampouco a criação de cargos, empregos ou funções públicas, em virtude das explícitas vedações constitucionais e da própria lógica do sistema de normas referentes à organização da Administração Pública.

Vale registrar que o Poder Executivo federal vem utilizando o regulamento autônomo para a criação de órgãos públicos. O Decreto nº 4.433/2002 criou a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos no interior da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, aproveitando cargos<sup>9</sup> e atribuições já concebidas em lei ou tratados internacionais<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Art. 3º A Comissão de Tutela dos Direitos Humanos será composta pelo Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que a presidirá, e integrada pelos seguintes membros: I – Subsecretário-Geral de Assuntos Multilaterais do Ministério das Relações Exteriores; II – Procurador-Geral da União; III – Defensor Público-Geral da União; IV – Consultor Jurídico do Ministério da Justiça; e V – Diretor do Departamento dos Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores.

Art 7º A Comissão de Tutela dos Direitos Humanos contará com o apoio de um Grupo Técnico integrado por dois representantes de cada um dos seguintes órgãos: I – Ministério das Relações Exteriores; II – Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça; III – Advocacia-Geral da União. *Parágrafo único.* Para a consecução de seus objetivos, o Grupo Técnico poderá solicitar a colaboração de juristas, especialistas em direitos humanos e de funcionários de quaisquer órgãos públicos.

<sup>10</sup> Art. 2º Compete à Comissão de Tutela dos Direitos Humanos: I – acompanhar a negociação entre os entes federados envolvidos e os peticionários de soluções amistosas para casos em exame pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; II – promover, fiscalizar e adotar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos; III – acompanhar a defesa da República Federativa do Brasil nos casos de violação de direitos humanos submetidos à apreciação da Comissão Interamericana de

e estabelecendo outras de caráter interno (relações de sujeição especial)<sup>11</sup>. Com a mesma tônica do aludido diploma normativo, destacam-se o Decreto nº 4.436/2002 (que cria, no âmbito do Ministério da Saúde, a Comissão Nacional de Bioética em Saúde – CNBioética), Decreto nº 4.714/2003 (que cria a Câmara de Política Social, do Conselho de Governo), Decreto nº 4.829/2003 (que dispõe sobre a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGIbr, sobre o modelo de governança da Internet no Brasil), Decreto nº 5.069/2004 (que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional de Aquicultura e Pesca – CONAPE), Decreto nº

6.981/2009 (que regulamenta o art. 27, § 6º, inciso I, da Lei nº 10.683, de 2003, dispondo sobre a atuação conjunta dos Ministérios da Pesca e Aquicultura e do Meio Ambiente nos aspectos relacionados ao uso sustentável dos recursos pesqueiros), Decreto nº 7.943/2013 (que institui a Política Nacional para os Trabalhadores Rurais Empregados – PNATRE), Decreto nº 7.957/2013 (que institui o Gabinete Permanente de Gestão Integrada para a Proteção do Meio Ambiente; regulamenta a atuação das Forças Armadas na proteção ambiental) e Decreto nº 7.963/2013 (que institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo).

---

Direitos Humanos; IV – gerir as dotações orçamentárias alocadas anualmente pelo Tesouro Nacional com vistas à implementação deste Decreto; e V – realizar a interlocução com órgãos dos entes federados e, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, com os órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, sobre aspectos relacionados à aplicação deste Decreto.

<sup>11</sup> Art. 5º A Comissão de Tutela dos Direitos Humanos contará com uma Secretaria-Executiva.

Art. 6º Compete à Secretaria-Executiva da Comissão de Tutela dos Direitos Humanos: I – preparar as reuniões da Comissão e do Grupo Técnico constituído na forma do art. 7º; II – elaborar as atas e registros das reuniões mencionadas da Comissão e do Grupo Técnico; III – organizar e manter os arquivos sobre casos de violação de direitos humanos em exame pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; IV – elaborar prestações de contas e submetê-las à aprovação da Comissão de Tutela dos Direitos Humanos; V – elaborar relatórios anuais de atividades; e VI – executar outras tarefas que a Comissão lhe confie.

Art. 8º Compete ao Grupo Técnico: I – acompanhar a situação processual das ações instauradas perante os órgãos jurisdicionais competentes dos entes federativos no caso de violação de direitos humanos em exame pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; II – opinar sobre as alegações apresentadas pelos petionários de casos de violação de direitos humanos em exame pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; III – agendar reuniões e intermediar a negociação, entre os representantes do ente federado envolvido e os petionários, de soluções amistosas no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; IV – subsidiar a atuação processual da República Federativa do Brasil nos casos de violação de direitos humanos em exame pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos; e V – acompanhar as audiências públicas e privadas convocadas pelos órgãos do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos.

## 5.2. Possibilidades de extinção de órgãos por regulamento

Primeiramente, nota-se que admitir a possibilidade de extinção de órgão público (criado por lei) por meio do regulamento autônomo previsto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, seria uma nítida afronta ao princípio da separação dos poderes e ao próprio Estado de Direito. Vale lembrar que os órgãos públicos são feixes de competências públicas, que configuram, em última análise, deveres impostos à própria Administração Pública.

A lei criadora de órgãos públicos, portanto, nada mais faz do que instituir deveres à Administração. Dessa forma, permitir que o Chefe da Administração, por meio de regulamento autônomo, extinga os deveres impostos à estrutura sob seu comando seria tornar letra morta as disposições legais. Apesar de o regulamento autônomo estar sob o mesmo patamar da lei na hierarquia das normas, suas disposições não podem eliminar os deveres da Administração (que se consubstanciam nas atribuições dos órgãos públicos criados por lei). Caso pudessem, tal competência regulamentar possibilitaria ao

Executivo escusar-se de suas obrigações legais sempre que fosse de seu interesse, violando por completo a tônica do Estado de Direito.

No contexto da redação original do art. 84, inc. VI, da Carta Magna, Sundfeld (1991, p. 51) já fazia a seguinte advertência, que se mantém pertinente até os dias atuais:

“Preliminarmente, é mister deixar assentado que a eliminação de órgãos pode ser feita por lei – pela óbvia razão de que o Legislativo, estando legitimado a instituí-los deve igualmente poder extingui-los. [...] A propósito, o instrumento normal e corriqueiro para a extinção de órgãos só pode ser a lei. Isto é evidente: se o Chefe do executivo pudesse, de modo absolutamente natural, extinguir órgãos criados por lei, teria o poder de, por ato administrativo, investir contra ele; o princípio da legalidade.”

A competência do art. 84, inc. VI, alínea “a”, não possibilita ao Chefe do Executivo a eliminação de órgãos públicos criados por lei, porém lhe permite que os modifique, transferindo as atribuições de um órgão para outro. Entretanto, na vigência da redação original do art. 84, inc. VI, Sundfeld (1991, p. 50) não pensava dessa forma, visto que entendia ser “Impossível ao decreto subtrair de uma unidade, trespassando-a a outra, a competência que lhe tenha sido explicitamente outorgada pela lei; do contrário, o Chefe do Executivo usufruiria de competências ‘contra a lei’, quando só as tem ‘na forma da lei’”.

Todavia, a expressão “na forma da lei” foi retirada da redação do art. 84, inc. VI, pela Emenda nº 32/2001, modificando, assim, a natureza da espécie normativa de regulamento de execução para regulamento autônomo. Este último, por sua vez, conforme mencionado e analisado anteriormente, é ato normativo primário, e extrai seu fundamento de existência diretamente da Constituição, assim como a lei; portanto, tem aptidão para alterá-la, transferin-

do as atribuições entre os órgãos, porém, sem extingui-las, é claro.

Novamente, parece relevante retornar às lições do professor Sundfeld (1991, p. 51-52) para vislumbrar uma outra hipótese de extinção de órgão público por meio de regulamento. Eis a hipótese:

“[...] admitem a supressão pura e simples por decreto os órgãos que também por esta via tenham sido criados e que já foram estudados: unidades subalternas, auxiliares, resultantes do aproveitamento de cargos pré-existentes. Tais órgãos, quando nascidos diretamente de atos administrativos, podem desaparecer do mesmo modo – tudo pela óbvia razão de que, se a lei não foi necessária quando de sua introdução no aparelho burocrático, também não haveria de sê-lo para sua eliminação.”

Sem dúvida, é relevante o raciocínio exposto por Sundfeld (1991). Os órgãos públicos criados por regulamento autônomo, conforme os parâmetros apresentados no tópico anterior, podem ser eliminados por ato normativo da mesma natureza, bem como por lei. No tocante a esta última possibilidade, vale recordar que a regra geral é o tratamento de qualquer tema relacionado à organização e funcionamento da Administração por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Afinal, entende-se que a Emenda nº 32/2001 não instituiu reserva de regulamento autônomo.

Por fim, o regulamento autônomo pode extinguir órgãos públicos por meio do processo de subdivisão ou fusão. No primeiro caso, um órgão público é extinto, mediante a divisão de suas atribuições, para criar uma pluralidade de órgãos; por exemplo, a Divisão de Administração pertencente a um ministério é decomposta em duas partes: Divisão de Expediente e de Finanças. No segundo caso, as unidades se unem para formar um novo órgão, como é o caso de Assessorias de Imprensa dispersas nos

vários níveis de um ministério serem agregadas em um Departamento de Comunicação (SUNFELD, 1991, p. 52).

## Conclusão

O regulamento autônomo no constitucionalismo brasileiro disciplina a matéria relacionada à organização e ao funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação e extinção de órgãos públicos. A Emenda Constitucional nº 32/2001 consagrou essa competência organizativa de forma explícita no texto constitucional, sem a presença de fórmulas como “na forma da lei”, “de acordo com a lei”, “nos termos da lei” e outras.

O constituinte atribuiu a competência regulamentar ora analisada ao Chefe do Executivo para ser exercida no contexto de um domínio temático delimitado. Posto isso, o Presidente da República não pode criar normas sobre matérias sujeitas à reserva legal, sob o pretexto de regular a organização e o funcionamento da Administração Pública. Isso seria uma nítida violação do princípio da separação dos poderes, bem como do Estado Democrático de Direito, porquanto o respaldo majoritário almejado pela instituição da reserva legal sucumbiria à unilateralidade da vontade do Chefe da Administração, veiculada no exercício da competência regulamentar.

Outra questão objeto de significativa celeuma doutrinária é a denominada “reserva de regulamento autônomo”. De acordo com a atual sistemática constitucional, concluiu-se que esta não subsiste, porquanto a lei, assim como o regulamento autônomo, pode regular a organização e o funcionamento da Administração Pública, cabendo, é claro, a restrição para este último quanto ao aumento de despesa e a criação ou extinção de órgãos públicos. A lei e o regulamento autônomo são vias normativas primárias à disposição do Chefe da Administração e estão sob o mesmo patamar na hierarquia de normas, visto que os dois têm fundamento de existência na Carta Maior. A utilização das referidas vias pode ser equacionada da seguinte forma: o Chefe da Administração tem à sua disposição a via legal, quando a reforma na organização administrativa demandar alterações profundas nas competências públicas, com ou sem elevação de despesas; e a via do regulamento autônomo, quando a demanda por modificações não acarretar elevação de gastos e não der origem a uma estrutura acentuadamente distinta da prevista em lei.

No tocante à possibilidade de criação de órgão público por meio de regulamento autônomo, ficou compreendido que a competência regulamentar prevista no art. 84, inc. VI, alínea “a”, pode dar origem a órgãos públicos por meio dos processos de subdivisão ou fusão, podendo também

criar novas competências para estes, desde que relacionadas à disciplina de relações de sujeição especial.

Além disso, é admissível a hipótese de criação de órgão cujo feixe de competências seja composto exclusivamente por atribuições relacionadas às aludidas relações, como é o caso de secretarias, assessorias, e órgãos de controladoria interna dos agentes públicos e dos serviços administrativos. Não é difícil perceber que essa modalidade de órgão tem como objetivo funcional a intimidade da estrutura administrativa. Foi exposto, outrossim, que as hipóteses ora mencionadas não devem gerar aumento de despesa, tampouco a criação de cargos, empregos ou funções públicas, em virtude das explícitas vedações constitucionais e da própria lógica do sistema de normas referentes à organização da Administração Pública. Ao final, foram apresentados alguns exemplos de criação de órgãos públicos decorrente do uso da competência regulamentar prevista no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal.

No que se refere às hipóteses de extinção de órgão público por meio de regulamento, pode-se concluir que, apesar de o regulamento autônomo estar sob o mesmo patamar da lei na hierarquia das normas, suas disposições não podem eliminar os deveres da Administração, que se consubstanciam nas atribuições dos órgãos públicos criados por lei, pois, caso pudessem, tal competência regulamentar simplesmente possibilitaria ao Executivo escusar-se das obrigações legais sempre que fosse de seu interesse, violando por completo a tônica do Estado de Direito. Ademais, ficou asseverado que os órgãos públicos criados por regulamento autônomo podem ser eliminados por ato normativo da mesma natureza, bem como por lei. Esta última possibilidade decorre do protagonismo da lei, consagrado pela ordem constitucional, sobre qualquer tema relacionado à organização e ao funcionamento da Administração. Por fim, o regulamento autônomo pode extinguir órgãos públicos pelo processo de subdivisão ou fusão.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1508-4/MT. Representante: Procurador Geral da República. Representado: Governador do Estado de Mato Grosso. Min. Relator: Oscar Corrêa. *Tribunal Pleno*, Brasília, 29 set. 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 708-4/DF. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Min. Relator: Moreira Alves. *Tribunal Pleno*, Brasília, 22 maio 1992.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1435-0/DF – medida liminar. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Requerido: Presidente da República. Min. Relator: Francisco Rezek. *Tribunal Pleno*, Brasília, 27 nov. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1590-7/SP. Requerentes: Confederação Nacional das Profissões Liberais e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria. Requerido: Governador do Estado de São Paulo. Min. Relator: Sepúlveda Pertence. *Tribunal Pleno*, Brasília, 15 ago. 1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1396-3/SC. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina. Min. Relator: Marco Aurélio. *Tribunal Pleno*, Brasília, 7 ago. 1998.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2564-3/DF. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Requerido: Presidente da República. Min. Relatora: Ellen Gracie. *Tribunal Pleno*, Brasília, 8 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3254-2/ES. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Min. Relatora: Ellen Gracie. *Tribunal Pleno*, Brasília, 16 nov. 2005.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2857-0/ES. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Min. Relator: Joaquim Barbosa. *Tribunal Pleno*, Brasília, 30 ago. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CYRINO, André Rodrigues. O regulamento autônomo e a EC n. 32/2001: uma reserva de administração. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, jan./dez. 2004. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti\\_regulamentoaunomomo.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_regulamentoaunomomo.pdf)>. Acesso em: 16 fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Parecer*. 2004. Mimeografado.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración: contribución a la teoría del Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, 1961.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Os regulamentos de organização no direito brasileiro e os decretos autônomos de extinção de cargos públicos vagos: uma distinção necessária. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, n. 22, maio/jun./jul. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos: limites da lei e decreto regulamentar. *Revista de Direito Público*, Londrina, n. 97, p. 43-52, 1991.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista de Direito Público*, Londrina, n. 18, out./nov./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/392/283>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

**Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do  
Senado Federal**



# Conceito e função econômica da empresa

LEONARDO GARCIA BARBOSA

## Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de empresário. 2.1. Conceito jurídico de empresário. 2.2. Conceito de empresa na economia neoclássica. 3. Função de economizar custos. 3.1. Função de economizar custos de transação. 3.2. Função de economizar custos de agência. 4. Limitação da Responsabilidade. 4.1. Argumentos favoráveis. 4.2. Argumentos desfavoráveis. 5. Considerações finais.

“Minha teoria dá uma resposta geral: o *boom* termina e a depressão começa após a passagem do tempo que deve transcorrer antes que os produtos dos novos empreendedores possam aparecer no mercado. E um novo *boom* se sucede à depressão, quando o processo de reabsorção das inovações estiver terminado.” (Joseph Schumpeter)

## 1. Introdução

A razão de abordar a importância econômica do empreendedorismo é que a sociedade precisa dos empresários<sup>1</sup>. A ordem jurídica atual reserva aos empresários a primazia na produção de bens e na prestação de serviços para o atendimento das necessidades dos consumidores<sup>2</sup>. Além disso, empreender é um poderoso fator de promoção do enriquecimento pessoal e, em nível agregado, do desenvolvimento econômico do país (VERA, 2011, p. 1). É característica da sociedade capitalista os recursos

<sup>1</sup>O capitalismo implica o desenvolvimento de uma racionalidade ou sistematicidade com o objetivo de lucro, culminando em um método de empresa (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 562).

<sup>2</sup>Uma ordem econômica fundada na livre iniciativa demanda a reunião de capitais e de pessoas para produzir bens e serviços com intuito lucrativo e ao menor custo possível.

serem possuídos e alocados por organizações não governamentais, como empresas, unidades domiciliares e mercados (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 93)<sup>3</sup>.

O desenvolvimento econômico requer um ambiente regulatório que facilite a entrada de novos empreendedores, com motivação e boas ideias<sup>4</sup>. A longo prazo, o desenvolvimento depende da inovação, muitas vezes pela substituição de empresas defasadas por outras mais modernas (BARBOSA, 2012, p. 320)<sup>5</sup>. O empresário inovador oferta produtos no mercado por meio da utilização mais eficiente dos fatores de produção ou pela aplicação prática de uma ideia tecnológica, promovendo uma destruição criadora (SCHUMPETER, 1997)<sup>6</sup>. O incremento da atividade econômica requer regras claras e seguras, que estabeleçam de forma sólida os direitos de propriedade e a previsibilidade dos contratos, garantindo segurança jurídica e proteção contra o abuso estatal ou privado<sup>7</sup>.

A função econômica da empresa, de acordo com parte da doutrina, é reduzir os custos de transação<sup>8</sup>. Nas economias modernas, há dois mecanismos institucionais responsáveis pela produção de bens e serviços: o mercado e a empresa. O empresário opta por organizar a produção por meio de uma empresa se o custo de transação for menor do que a ob-

---

<sup>3</sup>Desse modo, podemos citar as contribuições de Arnoldo Wald, de acordo com o qual as empresas são as verdadeiras criadoras da riqueza nacional, competindo ao Estado a função de catalisador e regulador de um ambiente adequado ao desenvolvimento empresarial (WALD, 2012, p. 36), e de Raquel Sztajn, segundo a qual a empresa é um instrumento para a busca de resultado lucrativo em ambiente de grande incerteza, explicando a relação entre risco e retorno (SZTAJN, 2010, p. 2).

<sup>4</sup>A inovação pode ser classificada em dois tipos: organizacional e tecnológica. A organizacional ou empresarial é uma mudança na organização, no método ou no funcionamento da empresa que corte custos ou melhore a produção em termos de qualidade ou quantidade, tornando a empresa mais eficiente e lucrativa. A tecnológica é a descoberta de um produto novo ou o aperfeiçoamento de um produto, levando a um aumento da produção e a ganhos de mercado (VERA, 2011, p. 4).

<sup>5</sup>O investimento e a expansão dos negócios colaboram para a criação de novos empregos e deles depende boa parte da população economicamente ativa.

<sup>6</sup>A erradicação da pobreza talvez sirva para confirmar a teoria de Schumpeter segundo a qual o crescimento ocorre pelas mãos dos indivíduos, que assumem os riscos dos empreendimentos, sem serem molestados e pouco taxados pelo governo. Quanto mais deles tivermos, melhores todos estaremos. (SCHRAMM, 2008, p. 9).

<sup>7</sup>Pode-se destacar a diferença entre risco e incerteza, embora nos países desenvolvidos não se dê tanta importância à distinção entre os dois conceitos. O risco é mensurável, enquanto que a incerteza é não-mensurável. É a incerteza que constitui a base de uma teoria do lucro e explica a diferença entre a concorrência teórica e a real (KNIGHT, 1972, p. 35). É função do ordenamento jurídico a diminuição da incerteza a fim de possibilitar ao empresário melhor previsibilidade no exercício da atividade econômica. A falta de um marco regulatório claro sobre a atividade empresarial cria um clima de incerteza e insegurança, inibe o investimento e a inovação e colabora para aumentar os custos de transação e diminuir a produtividade.

<sup>8</sup>O reconhecimento e a manutenção do marco institucional requerem a incorporação ao exame dos custos de transação, reconhecendo-se a existência de fricção nas trocas, negligenciadas pelo tratamento da teoria econômica tradicional (AGUILAR FILHO; FONSECA, 2011, p. 552).

tenção dos insumos no mercado. A natureza da empresa<sup>9</sup>, conforme bem delineado por Ronald Coase (1937)<sup>10</sup>, é a de minimizar os custos de obtenção de informações, de negociação dos contratos e de cumprimento das promessas, a fim de se proteger contra as oscilações do mercado<sup>11</sup>. A empresa pode ser entendida como um feixe de contratos<sup>12</sup>. Desse modo, a constituição de uma empresa permite a redução dos custos de transação decorrentes da celebração caso a caso de um contrato no mercado para determinar o preço, a quantidade, a qualidade, a data da entrega, o crédito e as garantias (POSNER, 2003, p. 407). Mas o método de organização da atividade econômica por meio da empresa tem suas limitações, decorrentes do problema da perda de controle.

Os custos de agência suportados pelo principal para obtenção de informações sobre o desempenho fiel e eficaz dos agentes limitam o tamanho eficiente das empresas. É importante destacar que as informações apreendidas nos preços são perdidas pelo método da empresa<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup>“A natureza da firma” é o título do seminal artigo escrito por Ronald Coase em 1937, de acordo com o qual os custos de operar em mercados podem ser diminuídos pela utilização da empresa (COASE, 1937).

<sup>10</sup>Ronald Coase marcou pontos em assuntos fundamentais em Economia e destruiu velhas abordagens, redirecionando a maneira de tratar os problemas apresentados. Se fosse um jogador de futebol, seria um craque daqueles que aparecem pouco durante a partida, mas fazem gols decisivos para sua equipe (BARBOSA, 1996, p. 203).

<sup>11</sup>A realização de uma transação requer operações extremamente custosas, como informar que está disposto a negociar e quais as condições, descobrir outra parte interessada, entabular negociações com vistas à barganha, escrever o contrato, assegurar o seu cumprimento e assim por diante (COASE, 2009, p. 153).

<sup>12</sup>A empresa é um meio de redução da complexidade, da incerteza e da imprevisibilidade do mercado, evitando a paralisação da produção ou da circulação de bens em razão dos custos de negociação gerados por problemas, dúvidas ou divergências (CALIENDO, 2009, p. 209).

<sup>13</sup>São chamados de preços de transferência os preços internos pelos quais as peças e os componentes são transferidos de uma unidade da empresa para outra unidade da mesma empresa. Eles devem ser escolhidos corretamente

Dessa maneira, algumas atividades econômicas são desempenhadas por meio de empresas de menor porte enquanto outras atividades dependem da constituição de grandes empresas (POSNER, 2003, p. 408).

Para abordar a temática aqui introduzida, organizamos este artigo da seguinte maneira: examinamos, no item 2, o conceito de empresário, de acordo com a perspectiva jurídica desenvolvida ao longo da evolução do direito comercial e do direito empresarial, e o conceito de empresa para a economia neoclássica. No item 3, discorremos sobre como o empresário tem a função de economizar custos de transação, representando um mecanismo de governança de contratos, e de economizar custos de agência, destacando seu papel como conexão de contratos. No item 4, trataremos da importância da limitação da responsabilidade, os argumentos favoráveis e os desfavoráveis. No item 5, destacamos as conclusões do artigo.

## 2. Conceito de empresário

A investigação em torno dos conceitos de empresa e de empresário é uma das mais complexas tarefas a cargo do economista e do jurista. Vale destacar que a legislação não fornece um conceito de empresa e utiliza o termo em diferentes contextos e com diversos significados. A palavra “empresa” pode ser encontrada na legislação como um sujeito de direitos, uma atividade, um local ou uma organização<sup>14</sup>. Uma das possibilidades de se chegar

---

porque, na transferência interna, os sinais emitidos pelo mercado quanto ao nível da produção são substituídos pelas informações geradas pelos preços de transferência (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 383).

<sup>14</sup>O trabalho desenvolvido por Alberto Asquini afirma que a empresa é dotada de quatro perfis diferentes, cada um deles destacando um aspecto do fenômeno econômico da empresa. A forma de esclarecimento do tema elaborada por Asquini consiste em identificar a teoria dos perfis da

a um conceito jurídico de empresa é a partir da teoria econômica da empresa, haja vista que a aproximação entre Direito e Economia vivifica o estudo do Direito (CAVALLI, 2013, p. 17). A transposição de um fenômeno econômico, denominado empresa, para o plano jurídico é um constante desafio para os juristas. Começaremos nossa abordagem pelo conceito jurídico de empresário.

## 2.1. Conceito jurídico de empresário

Na Idade Média, os comerciantes começaram a formar corporações distintas de outras classes sociais, que se tornaram, pouco a pouco, poderosas e iniciaram a formação de um Direito Mercantil (VIVANTE, 2003, p. 13). Essa primeira fase do Direito Comercial é conhecida como fase subjetiva, na qual eram comerciantes os sujeitos matriculados nas corporações de ofício. Os costumes das corporações foram reunidos em estatutos, sendo revistos e corrigidos no decurso de alguns séculos (de 1200 a 1800). Disciplinavam institutos mercantis, como o contrato de câmbio, de sociedade, a falência e a mediação (VIVANTE, 2003, p. 14), formando uma legislação própria conhecida como *lex mercatoria*<sup>15</sup>.

Não se verificou, naquela época, uma classe única de cidadãos que pudessem renovar

---

empresa e adaptar o fenômeno econômico a categorias jurídicas (CAVALLI, 2013, p. 30). Entre os perfis citados por Asquini, foi dada predominância ao perfil subjetivo da empresa, uma vez que o Código Civil atual define o empresário como quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.

<sup>15</sup> A *lex mercatoria* enfatiza o caráter histórico de um Direito Comercial criado e elaborado pelos próprios comerciantes, sem a participação do Estado e fundado fortemente no princípio da autonomia da vontade. Além disso, a *lex mercatoria* é caracterizada pelos usos e costumes no comércio, pela utilização de tribunais de comércio, pela informalidade e rapidez e, sobretudo, pela consideração da boa-fé na atividade comercial (BARBOSA; BIJOS; OLIVEIRA, 2013, p. 250).

o Direito Civil<sup>16</sup>. Caso isso tivesse ocorrido, talvez não se tivesse constituído o Direito Comercial como campo autônomo do Direito Civil (VIVANTE, 2003, p. 14)<sup>17</sup>. Esse trabalho consuetudinário foi compilado pela França em duas Ordenanças de Luís XIV, uma relativa ao comércio terrestre e outra ao comércio marítimo, resultando posteriormente no Código Comercial Francês de 1807. Antes disso, em 1791, a Lei de Le Chapelier extinguiu na França as corporações de ofício e representou o ingresso do Direito Comercial na denominada fase objetiva<sup>18</sup>, fundada na liberdade de exercício do comércio<sup>19</sup> e caracterizada pela prática de atos de comércio pelo comerciante<sup>20</sup>. Em meados do século XIX, países como o Brasil foram influenciados (no nosso caso, na elaboração do Código Comercial de 1850) pelo Código Comercial Francês de 1807. A legislação comercial aplicada inicialmente aos atos praticados com o fim de transmitir bens das mãos do produtor para as do consumidor foi sendo alargada com o apa-

---

<sup>16</sup> O Direito Civil, ainda na última fase do Direito romano, continha regras de Direito das Obrigações e dos Contratos que permaneciam enfeixadas dentro de esquemas típicos e rígidos (ESTRELLA, 1960, p. 19).

<sup>17</sup> A bipartição do Direito Privado, a sua subdivisão em Direito Civil e Comercial, é um desses problemas da ciência jurídica que, ao que parece, jamais sairão da ordem do dia (ESTRELLA, 1960, p. 17).

<sup>18</sup> A formulação da empresa como fenômeno econômico, antecedente à experiência jurídica, é decorrente do trabalho de Cesare Vivante, de acordo com o qual o conceito jurídico da empresa é uma espécie de ato de comércio (CAVALLI, 2013, p. 94), transpondo-se o conceito econômico diretamente para o plano jurídico.

<sup>19</sup> O Direito Comercial foi perdendo seu caráter de estatuto peculiar a uma categoria jurídica para se tornar uma disciplina reguladora de atos que entram no circuito do comércio ou nele se inserem, ainda que praticados por pessoas não comerciantes, perdendo sua característica de direito pessoal (ESTRELLA, 1960, p. 22).

<sup>20</sup> Art. 1º. O aniquilamento de todos os tipos de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão é uma das bases fundamentais da Constituição Francesa, sendo proibido o restabelecimento de fato, sob qualquer pretexto e de qualquer forma que seja (FRANÇA, [1791?], tradução nossa).

recimento de novas formas econômicas, como a indústria, os transportes e outras atividades exercidas por empresários. Esse alargamento se deu de tal maneira que tornou difícil uma separação nítida entre matéria civil e comercial. Podemos classificar as atividades econômicas em quatro grandes grupos: comércio, indústria, serviço e rural. Estas três últimas atividades foram ganhando importância ao longo dos anos e ingressaram no regime especial destinado aos comerciantes<sup>21</sup>.

A sociedade anônima, por sua vez, foi criada com o objetivo de reunir grandes somas de capitais e propiciar a realização de empreendimentos de maior porte, especialmente o tráfico marítimo, com redução dos riscos em relação às sociedades fundadas no prestígio pessoal e na confiança mútua entre os sócios (GONÇALVES NETO, 2005, p. 1). Na Inglaterra do século XVII, um capitão de navio propunha aos investidores de uma cidade portuária financiar uma viagem para a Ásia com o objetivo de trazer valiosas especiarias. A viagem era arriscada e levava de dois a cinco anos. O capitão precisava convencer os investidores e para isso revelava seus segredos de como chegar à Ásia e como faria uma fortuna. Os investidores precisavam confiar no capitão e fornecer os suprimentos. O dilema era resolvido mediante a criação de um novo tipo societário denominado sociedade por ações (COOTER; SCHÄFER, 2011, p. 2). Os ingleses foram os que mais aperfeiçoaram o modelo societário, que contava com as seguintes características no final do século XVIII: a) necessidade de autorização estatal para constituição; b) divisão do capital em partes iguais, com a emissão de títulos de participação; c) livre transferência dos títulos como uma mercadoria; d) separação patrimonial entre a companhia e os sócios; e) limitação da responsabilidade dos sócios ao valor dos títulos adquiridos; f) funcionamento democrático por meio de assembleias, segundo o qual cada participante tinha direito a um voto independentemente do capital investido (GONÇALVES NETO, 2005, p. 7)<sup>22</sup>. No Brasil, as sociedades por ações foram reguladas de forma tímida no Código Comercial de 1850, que exigia a autorização estatal para sua constituição. Logo depois, a exigência foi abolida, mas contrabalançada por diversas normas cogentes que evitavam a desmedida colocação de ações no mercado e davam um mínimo de proteção aos acionistas minoritários (GONÇALVES NETO, 2005, p. 8). Posteriormente, as sociedades por ações passaram a ser regidas por lei especial e são atualmente reguladas pela lei das sociedades por ações.

---

<sup>21</sup> A divisão do Direito Privado em dois Códigos baseia-se em condições econômicas, judiciárias e sociais que hoje desapareceram (VIVANTE, 2003, p. 12).

<sup>22</sup> Os ingleses ainda desenvolveram uma espécie de sociedade anônima simplificada, limitando o número de sócios a cinquenta acionistas.

Voltando ao exame do conceito de empresário, vale destacar que o Código Comercial de 1850<sup>23</sup> e o Regulamento nº 737, de 1850<sup>24</sup>, não mencionavam algumas atividades, que tradicionalmente permaneceram, até a entrada em vigor do atual Código Civil, fora do regime empresarial de registro, escrituração e falência. Na realidade atual, mostra-se tarefa de extrema complexidade separar as atividades em industriais, comerciais e de serviços. Jorge Arbache cita o exemplo do iPad, questionando se ele é um produto industrial ou um serviço. O iPad é produzido com alumínio, vidros, plásticos e outros materiais e fabricado em linha de montagem industrial, de modo que é um produto industrial. Por outro lado, mais de 90% do seu valor é decorrente de serviços como *software*, marca e *design*, caracterizando-se como serviço. A moderna atividade industrial combina indústria com serviços numa relação de mútua dependência, na qual há dificuldade de identificar uma linha divisória para separar as duas atividades (ARBACHE, 2013).

Na primeira tentativa de unificação do Direito das Obrigações, foi utilizado como modelo o Código Civil italiano de 1942. O anteprojeto de Código das Obrigações (Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil), de 1964<sup>25</sup>, apresentado ao Ministro da Justiça e Negócios

Interiores pelo seu autor, Sylvio Marcondes, continha a definição de empresário e distinguia o empresário comercial de outros empresários<sup>26</sup>. A fórmula adotada para obter o conceito de empresário comercial fazia depender o campo de delimitação do Direito Comercial, contrariamente à sua força de expansão, da delimitação do campo conceitual de outras disciplinas. A definição de empresário comercial de forma residual gerava dúvidas que não poderiam ser mantidas em um conceito fundamental.

No projeto de lei que resultou no Código Civil<sup>27</sup>, não foi mantida a classificação dos empresários em civis e comerciais e, por conseguinte, não foi prevista uma lista de atividades consideradas comerciais. Distinguem-se, no entanto, os empresários em sujeitos ao registro e não sujeitos ao registro. Alguns empresários não estão sujeitos ao registro na junta comercial, mas, se assim optarem, poderão fazê-lo. Sylvio Marcondes esclarece que esse é o sistema do Código Comercial alemão, no qual se admite que empresas não comerciais, mas organizadas como empresas, possam ser consideradas comerciais, se inscritas no registro competente (MARCONDES, 1977, p. 12).

A adaptação do conceito econômico de empresa ao Direito, decorrente do Código Civil de 2002 no Brasil, sofreu a influência do Código

<sup>23</sup> Art. 4º Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual (BRASIL, 1850a).

<sup>24</sup> Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. § 2º A operações de câmbio, banco e corretagem. § 3º As empresas de fábricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. § 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo. § 5º A armação e expedição de navios (BRASIL, 1850b).

<sup>25</sup> Esse anteprojeto foi antecedido pelo anteprojeto de Código das Obrigações de 1941.

<sup>26</sup> Pelo anteprojeto, considerava-se empresário comercial quem exercia profissionalmente atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços, com exceção expressa dos que exerciam profissão intelectual. As seguintes atividades, em que se nota a influência do regime anterior dos atos de comércio, eram próprias do empresário comercial: I – atividade industrial destinada à produção de bens ou serviços; II – atividade intermediária na circulação de bens; III – atividade de transporte, por terra, água ou ar; IV – atividade bancária; V – atividade seguradora; e VI – outras atividades auxiliares.

<sup>27</sup> O Projeto de Lei nº 634, de 1975, de autoria intelectual de uma comissão de juristas instituída pelo Poder Executivo Federal, foi publicado no Diário do Congresso Nacional, Suplemento (B), nº 61, em 13 de junho de 1975. O Livro II, elaborado pelo jurista Sylvio Marcondes, regulava a atividade negocial.

Civil italiano de 1942 e unificou o tratamento jurídico das diversas formas de exploração econômica, deixando de fora do conceito de empresário apenas algumas atividades econômicas, especialmente as dos profissionais liberais. A definição de empresário permite o enquadramento nesse conceito de diversas atividades econômicas, sem que se passe previamente pelo critério da comercialidade<sup>28</sup>. A unificação das obrigações comerciais e civis e a definição de empresário, portanto, fizeram com que o legislador do Código de 2002 incluísse algumas atividades no âmbito da atividade empresarial.

A definição do empresário implica considerar os requisitos previstos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)<sup>29</sup>, para caracterização do empresário, assim considerado aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços<sup>30</sup>. A doutrina tradicional considera que o exercício profissional da atividade econômica significa o seu exercício habitual, em nome próprio e mediante assunção dos riscos do negócio, no mercado e com adequado conhecimento<sup>31</sup>. A definição

---

<sup>28</sup> O Código Civil prevê regra de transição que determina a aplicação, aos empresários e às sociedades empresárias, das disposições das leis não revogadas pelo Código, referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis. Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis (BRASIL, 2002).

<sup>29</sup> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. (...) (BRASIL, 2002).

<sup>30</sup> A atividade empresária se caracteriza pelo exercício de uma atividade econômica, de forma profissional e organizada, destinada a atingir o mercado, com finalidade lucrativa e lícita (CATEB, 2008, p.264).

<sup>31</sup> O Código Civil utiliza a palavra “empresário” em todo o título referente ao empresário individual, em vez de fazer menção expressa a “empresário individual”, o que colaboraria para diferenciar de forma mais nítida o empresário individual da sociedade empresária. O único

do Código Civil abrangeria a totalidade das atividades de produção ou circulação de bens e de prestação de serviços se não fosse feita uma exceção, que afasta do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. O Código Civil permite o afastamento do regime empresarial de atividades de profissionais liberais, como arquitetos, engenheiros, médicos etc., que não desejem obter o registro como empresário, seguir uma escrituração e se submeter à falência<sup>32</sup>.

Vejamos cada um dos elementos que compõem o conceito de empresário individual, de acordo com o que está descrito no Código Civil. O primeiro elemento é a palavra “quem”, correspondente, a nosso ver, a uma pessoa. É o empresário quem dirige, em nome próprio, uma atividade econômica. É ele que assume os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade econômica. A direção em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário individual perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. O segundo elemento é que o verbo “exerce” nos induz a pensar em atividade econômica. Na verdade, é importante destacar que o empresário “dirige” a atividade

---

dispositivo em que a redação original do Código Civil utiliza a expressão “empresário individual” está no título referente à responsabilidade civil, fora do livro da empresa, para constar que os empresários individuais e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos por eles postos em circulação. Art. 931. Ressalvados os casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação (BRASIL, 2002).

<sup>32</sup> Art. 966. (...) *Parágrafo único*. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (BRASIL, 2002).

econômica. É uma atividade, portanto, diretiva-organizativa. O empresário individual não produz ou circula bens ou presta serviços de forma pessoal, mas utiliza o trabalho de terceiros<sup>33</sup>. Assim, o empresário deve contratar os empregados que produzem ou circulam bens ou prestam serviços em nome do empresário individual<sup>34</sup>.

O terceiro elemento é a palavra “profissionalmente”. De acordo com esse requisito, a detenção de informações detalhadas sobre os bens e serviços que são por ele oferecidos no mercado é obrigação do empresário individual. A nosso ver, não é necessário que um empresário individual detenha informações detalhadas sobre o objeto de exploração da atividade econômica. Um empresário individual pode abrir uma panificadora e não entender do negócio. É necessário, contudo, que ele exerça a atividade diretiva-organizativa. Assim, é suficiente que ele contrate empregados que tenham o perfil profissional necessário para produzir adequadamente os produtos de panificação. O quarto elemento é a palavra “atividade”. A atividade é a prática reiterada de atos tendentes ao mesmo escopo, aproximando-se o conceito de atividade do conceito tradicional do Direito Comercial de habitualidade. O requisito da habitualidade afasta o conceito de empresário individual daqueles que dirigem uma atividade econômica de forma isolada e esporádica. O quinto elemento é a palavra “econômica”. A economicidade da atividade diretiva do empresário individual significa que ele dirige a atividade com finalidade lucrativa, não abrangendo atividades que são

meios para fins não econômicos, como uma escola sem fins lucrativos. O sexto elemento é a palavra “organização”. O elemento organização é a reunião dos fatores de produção exercida pelo empresário. Compete a ele articular capital, trabalho, insumos e tecnologia. Com base no critério da organização, faz-se a distinção entre o trabalhador autônomo, para o qual prevalece o trabalho pessoal como núcleo da atividade produtiva, e o empresário, que atua principalmente como dirigente da atividade empresarial. A característica da organização se aplica, de forma mais acentuada, às sociedades empresárias de maior porte, não se verificando esse elemento em relação aos pequenos negócios<sup>35</sup>. O sétimo elemento não aparece expressamente, mas está implícito no conceito de empresário: é o relacionamento do empresário com demandantes do produto ou serviço no mercado. O empresário individual dirige a produção ou a circulação dos bens e a prestação dos serviços para a oferta no mercado, ou seja, ele não produz para suprir suas necessidades<sup>36</sup>. Podemos dizer, assim, que o empresário é a pessoa que dirige e organiza as atividades econômicas de produção de bens, circulação de mercadorias e prestação de serviços, exercidas pelos trabalhadores em seu nome.

O conceito de empresário tem se desgastado nos últimos anos, perdendo seu caráter diferenciador de atividades e passando a englobar atividades não organizadas, conforme destacado na definição apresentada. O Projeto de Lei do Novo Código Comercial define o empresário como quem, sendo pessoa física ou jurídica, está inscrito como tal no Registro Público de

<sup>33</sup> Quem presta um trabalho autônomo de caráter exclusivamente pessoal não é empresário (SILVA, 2007, p. 34).

<sup>34</sup> Uma corrente minoritária entende que a organização deve compreender um conjunto de bens e também o trabalho alheio para a configuração do regime empresarial, enquanto uma corrente majoritária sustenta que é desnecessário o concurso do trabalho alheio para a configuração de empresário (SILVA, 2007, p. 50-51).

<sup>35</sup> O conceito de empresário foi flexibilizado para abranger a microempresa, inclusive as que utilizam um ambiente virtual (WALD, 2012, p. 71).

<sup>36</sup> Não são empresas as formas de organização da produção que, empregando trabalho e eventualmente capital de terceiros e estrutura técnica parecida com a da empresa que opera para troca, destinam-se a prover exclusivamente o consumo direto do empresário (ASQUINI, 1996, p. 110).

Empresas, abdicando de dar um conceito legal ao termo (BRASIL, 2011, p. 30, 316 et seq.). Podemos dizer que o conceito de empresário tem sido alargado cada vez mais para incluir cada vez mais novas atividades e para abranger pessoas que não estariam nele incluídas em razão de sua pouca expressão econômica, como os microempreendedores individuais.

Quanto ao conceito de sociedade empresária, o Código Civil não a define expressamente. Limita-se a fazer uma remissão ao conceito anteriormente citado de empresário, dizendo que é sociedade empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro<sup>37</sup>. A definição está fundamentada no objeto, ou seja, na produção ou circulação de bens ou na prestação de serviços. Para saber se a sociedade é empresária ou não, é necessário examinar o seu objeto. Mais uma vez, a definição ressalva os profissionais liberais que exercem uma atividade intelectual. As sociedades previstas no Código Civil se classificam em empresárias ou simples em razão do seu objeto. No quadro atual, a sociedade mais utilizada no Brasil é a sociedade limitada, que permite a limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Os profissionais liberais podem formar uma sociedade entre si – nesse caso, o modelo pensado pelo legislador é a sociedade simples sem limitação da responsabilidade. O Código Civil, contudo, permite que uma sociedade que tenha por objeto a atividade de um profissional liberal seja constituída como sociedade limitada, justamente para dar o efeito de limitação da responsabilidade aos seus sócios.

A situação muda no caso da sociedade anônima. As sociedades anônimas são, por definição da lei societária, sempre sociedades empresárias, qualquer que seja o seu objeto. Caso o regramento da sociedade anônima seja simplificado pela legislação, é possível que ele se torne o principal tipo societário utilizado no país, não sendo possível, pelo menos à primeira vista, a permanência nas regras civis dos profissionais liberais que optarem por ela. A eventual atividade legislativa simplificadora colaborará, assim, para acentuar o fenômeno conhecido como comercialização do Direito Civil.

As sociedades são personificadas ou não personificadas. As sociedades que nos interessam no presente artigo são as personificadas, ou seja, as consideradas pessoas jurídicas<sup>38</sup>. A teoria da pessoa jurídica é uma es-

---

<sup>37</sup> Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples, as demais. *Parágrafo único*. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa (BRASIL, 2002).

<sup>38</sup> O Código Civil não é tão preciso ao dispor que são pessoas jurídicas de direito privado as sociedades, pois há sociedades que não são personificadas. Art. 44. São Pessoas Jurídicas de Direito Privado: (...) II - as sociedades; (...) (BRASIL, 2002).

pécie de artifício utilizado pelo Direito para dar personalidade jurídica a pessoas que contam com existência tão somente ideal<sup>39</sup>. Esse é um ponto importante para a teoria econômica da empresa. A doutrina se divide entre considerar uma empresa como uma caixa-preta ou como um feixe de contratos, uma espécie de indivíduo semelhante a uma pessoa natural<sup>40</sup>. Começaremos a abordar a teoria econômica da empresa no próximo item, de acordo com a concepção da chamada teoria econômica neoclássica.

## 2.2. Conceito de empresa na economia neoclássica

A empresa, para a teoria econômica neoclássica, é uma espécie de caixa-preta. A teoria neoclássica explica a existência de um mercado, no qual há um ou mais ofertantes (empresas), um ou mais demandantes (consumidores), um determinado produto e o preço, mas não esclarece o que se passa no interior da empresa<sup>41</sup>. A economia neoclássica se preocupa com a economia de mercado, na qual a produção e a distribuição de bens ocorrem por meio do sistema descentralizado de preços, que constitui um mecanismo perfeito de coordenação econômica (CAVALLI, 2013, p. 151)<sup>42</sup>. Esse sistema de formação de preços tem por fundamento: o individualismo metodológico, de acordo com o qual a empresa é tratada como um indivíduo; a hiper-racionalidade, segundo a qual o nível de informação sobre as quantidades da oferta e da demanda por meio da sinalização dos preços é máximo; e a escolha racional visando maximizar o bem-estar, de acordo com a qual as empresas produzem para aumentar seu lucro (CAVALLI, 2013, p. 154). A teoria da firma não consiste em uma teoria da firma, mas em uma teoria dos mercados nos quais a firma é um participante relevante (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 88). Ela é

---

<sup>39</sup> O registro de empresas colabora para a separação perfeita entre os ativos das empresas e os ativos de seus proprietários e, caso o agente econômico opte pela responsabilidade limitada e informe isso aos demais agentes econômicos mediante o uso da expressão adequada (Ltda., S.A. ou Eireli), definirá um limite para sua responsabilidade, pondo a salvo seu patrimônio pessoal de um eventual insucesso da atividade (GONÇALVES, 2013, p. 380).

<sup>40</sup> No Direito, a teoria da pessoa jurídica mais aceita atualmente é a teoria da realidade técnica, de acordo com a qual as pessoas jurídicas são realidades reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que não as cria do nada, mas a partir de uma realidade diferente da realidade das pessoas naturais (TOMAZETTE, 2004, p. 53).

<sup>41</sup> A teoria neoclássica surge na segunda metade do século XIX, fundada nos avanços da matemática e da estatística, e tem como marco inicial a “revolução marginalista”, desenvolvida pelo austríaco Karl Menger, pelo inglês Stanley Jevons e pelo francês Leon Walras. O modelo dos marginalistas faz uso dos conceitos de utilidade e de custos marginais, permitindo entender melhor a atuação das forças de oferta e de demanda. O comportamento dos agentes e a dinâmica do sistema de mercado geram os melhores resultados possíveis (YAZBEK, 2009, p. 5 et seq.).

<sup>42</sup> Em toda a gama de atividades e necessidades humanas, a oferta está ajustada à demanda e a produção ao consumo, por um processo que é automático, elástico e ágil (COASE, 1937, p. 387).

encarada por essa teoria como um único indivíduo, que transforma insumos em produtos, dando-se ênfase aos seus aspectos tecnológicos. O ordenamento jurídico corrobora essa concepção da teoria neoclássica da empresa como indivíduo ao reconhecer o título de pessoa a determinadas sociedades empresárias, de forma semelhante a uma pessoa natural. De acordo com esse entendimento, a sociedade é o empresário e é ela que exerce a atividade empresarial.

A divisão e a especialização do trabalho decorrentes de novas tecnologias industriais fizeram com que a produtividade disparasse a partir da Revolução Industrial inglesa, conforme antecipado por Adam Smith (1996, p. 65-66)<sup>43</sup>, que utilizou o exemplo da fabricação de alfinetes. Um operário não treinado e sem costume com o maquinário poderia, no máximo, produzir um alfinete por dia. Da forma como a atividade é desenvolvida pela divisão e especialização do trabalho, cada etapa do processo de produção é semelhante a uma indústria específica. Um homem desenrola o arame, outro o estica, outro corta, outro o aponta, outro apara a parte de cima para receber a cabeça, outro faz a cabeça, outro a coloca no arame, outro alveja o alfinete e outro o coloca no papel. A atividade de produzir um alfinete é dividida em nove operações distintas. Adam Smith (1996) conclui que cerca de dez pessoas podem produzir mais de quarenta e oito mil alfinetes em um dia, mas, se elas trabalhassem separada e independentemente, não teria cada uma produzido talvez nem um alfinete em um dia. Em virtude de ganhos decorrentes da divisão e da especialização do trabalho, justifica-se

---

<sup>43</sup> As taxas de crescimento não são constantes ao longo do tempo e vêm crescendo ao longo dos últimos quinhentos anos. Em relação ao mundo todo, as taxas de crescimento foram próximas de zero durante a maior parte da História e aumentaram rapidamente no século XX. Em relação a países específicos, as taxas de crescimento também variam ao longo do tempo (JONES, 2002, p. 11).

a organização da produção em empresas, pois o processo produtivo é mais eficiente se estiverem próximas as suas diversas etapas<sup>44</sup>. Razões de ordem tecnológica, assim, justificam a eficiência da organização da produção dentro de empresas em termos de ganhos de escala e de escopo. A explicação para a empresa da teoria neoclássica tem fundamento em termos tecnológicos, e não em termos de custos de transação, conforme veremos mais adiante.

Os pressupostos da escola neoclássica afirmam que o mercado é o mecanismo perfeito de formação de preços, no qual é possível determinar as razões pelas quais os agentes econômicos tomam decisões a partir do conhecimento da oferta e da demanda por determinado bem, com base no sinal emitido pelo preço (CAVALLI, 2013, p. 170). Se o preço do alfinete sobe, por exemplo, há um incentivo para a produção de mais alfinetes. Essa informação chegaria ao homem que desenrola o arame, que é a primeira etapa da produção do alfinete, e isso resultaria em um aumento da sua produção. O segundo homem compraria a produção do primeiro, esticaria o arame e venderia sua produção para o terceiro e assim por diante. Desse modo, não haveria espaço para elaborar uma teoria da empresa (CAVALLI, 2013, p. 171). A autossuficiência do mercado é questionada pela existência de empresas no mundo real. O questionamento é a razão da existência delas e de sua estrutura organizacional interna.

A teoria neoclássica da empresa possui uma série de fragilidades, visto que não responde a uma série de questões relevantes. A primeira fragilidade é a constatação de que boa parte das transações ocorre entre firmas em razão de uma integração vertical e não por meio de mercados.

---

<sup>44</sup> A produtividade é aumentada pela especialização cooperativa, o que induz à demanda por organizações que facilitem a cooperação (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 93).

A teoria neoclássica não explica a necessidade de existência da empresa e a sua forma de organização interna, nem fornece elementos para compreender os incentivos para a empresa desenvolver tecnologias e mudanças organizacionais (CAVALLI, 2013, p. 163). A empresa, de acordo com a teoria neoclássica, está inserida dentro da teoria da concorrência perfeita, na qual todos os agentes econômicos, de posse de informações completas, celebram contratos de execução instantânea, sem necessidade de negociação ou de celebração de contratos que estabeleçam relações duradouras e complexas (CAVALLI, 2013, p. 166). A descrição das empresas como indivíduos racionais explica o funcionamento dos empresários individuais, mas não ajuda a compreender as empresas sob a forma societária<sup>45</sup>. A teoria neoclássica não consegue captar aspectos da estrutura interna da empresa, seus contratos e os mecanismos de incentivo. Tudo ocorre de maneira perfeita e sem fricções, inclusive com os administradores atuando conforme as ordens que recebem e fazendo escolhas de modo a maximizar o bem-estar dos proprietários da empresa (CAVALLI, 2013, p. 167). A teoria neoclássica trabalha com uma caricatura da empresa moderna, sem explicar como a produção é organizada dentro da empresa e como os conflitos de interesse entre proprietários, administradores, trabalhadores e consumidores são resolvidos (CAVALLI, 2013, p. 168). Começamos a abrir a caixa-preta da empresa por meio da teoria econômica que a considera uma forma de economizar custos de transação.

### **3. Função de economizar custos**

A constituição de uma empresa tem por finalidade reduzir custos de transação, assim como reduzir custos de agência, conforme veremos nos dois próximos itens. A redução dos custos tem relação direta com a eficiência. Os economistas admitem que, ao longo do tempo, as empresas cujo comportamento é focado na obtenção do máximo lucro tendem a prosperar e a crescer, enquanto as empresas que se desviam desse objetivo perdem importância e desaparecem (RODRIGUES, 2007, p. 17).

#### **3.1. Função de economizar custos de transação**

O trabalho seminal do economista Ronald Coase denominado “A Natureza da Empresa de 1937” possibilitou olhar, de forma mais clara, para o interior da caixa-preta da empresa. Conforme destacado no artigo, se um trabalhador se desloca de um departamento para outro da

---

<sup>45</sup> Ademais, a descrição das empresas como organização pela teoria neoclássica termina por afrontar o individualismo metodológico (CAVALLI, 2013, p. 166).

empresa, ele não é transferido por causa de uma mudança nos preços relativos, mas porque esse deslocamento foi determinado pelo empresário (COASE, 1937, p. 387)<sup>46</sup>. A pergunta colocada por Coase diz respeito ao porquê de existirem empresas, como se fossem ilhas de poder consciente, nas quais os movimentos de preços não direcionam a produção. Em outras palavras, o questionamento é: por que determinados recursos são alocados por meio do mecanismo de preços enquanto outros dependem do empresário-coordenador<sup>47</sup>. A principal razão encontrada por Coase para a criação de uma empresa é o custo de utilização do mecanismo de preços (COASE, 1937, p. 390). A busca de informação sobre quem são os fornecedores de determinado bem e seus preços não é isenta de custos, pois envolve a utilização de recursos da empresa (CAVALLI, 2013, p. 172). Deve ser levado em conta ainda o custo de negociação e celebração de um contrato específico para cada transação de troca efetuada no mercado. A empresa reduz essa série de contratos a apenas um, por meio do qual o fator de produção concorda em obedecer às orientações do empresário, dentro de certos limites (COASE, 1937, p. 391)<sup>48</sup>.

Outro fator favorável à constituição de empresas é a duração do contrato. Pode ser vantajoso celebrar um contrato de longo prazo

---

<sup>46</sup> Daremos um exemplo de mudança ocasionada pelo mercado e não pela mão visível do empresário: a Contax, maior companhia de *call center* do país, avança na migração de suas operações para o Nordeste por causa da menor rotatividade dos funcionários nessa região. No Sudeste, a empresa treina um funcionário, que permanece por um ano, enquanto, no Nordeste, ele fica por três ou quatro anos, o que colabora para aumentar a produtividade da empresa (FALCÃO, 2013).

<sup>47</sup> Se uma marcenaria contrata um marceneiro, a cooperação entre eles é realizada dentro da empresa; mas, se esse marceneiro compra tábuas da marcenaria, a cooperação ocorre por meio do mercado (ALCHIAN; DEMSETZ, 1972, p. 93).

<sup>48</sup> Na empresa, as complicadas estruturas de mercado de operações de troca são substituídas pelo empresário, que dirige a produção (COASE, 1937, p. 388).

em termos gerais, deixando os detalhes para uma data posterior, em vez de celebrar vários contratos de curto prazo. Nesse caso, é provável que surja uma empresa (COASE, 1937, p. 392). Os custos relacionados à utilização de contratos de execução instantânea levam os agentes econômicos a se organizar na forma de empresas para reduzir esses custos (CAVALLI, 2013, p. 172). Assim, os custos de transação de celebrar diversos contratos instantâneos podem ser diminuídos por contratos de longo prazo e de objeto pouco determinado. O longo prazo do contrato permite reduzir os custos de busca de informação e de negociação dos contratos instantâneos. O objeto pouco determinado facilita a resolução de conflitos na fase de execução do contrato.

Vamos explicar melhor no que consistem os custos de transação<sup>49</sup>. Os custos de transação consistem nos custos de busca de informação, de negociação, de celebração e de fiscalização do cumprimento do contrato. No artigo escrito em 1937, Ronald Coase (1937) não tece comentários mais aprofundados sobre os custos de transação, mas ele aprimora a teoria em outro artigo, elaborado em 1960, no qual esclarece que celebrar uma transação no mercado requer descobrir quem deseja negociar com o empresário, informar a eles que quer negociar um contrato e quais as condições desejadas, entabular uma barganha que diminua as divergências, elaborar o texto do contrato, fiscalizar se o contrato está sendo cumprido da forma avençada e assim por

---

<sup>49</sup> Os custos de transação têm relação direta com a eficiência, pois ela é resultado de direitos de propriedade bem definidos e objetivos e de custos de transação baixos (CARVALHO, 2007, p. 118). A empresa pode ser classificada em organização estática ou dinâmica. De acordo com a organização estática, é mais eficiente que a legislação atribua os direitos subjetivos às pessoas que mais os valoram, de forma a reduzir o número de transações na sociedade e consequentemente os seus custos. No seu perfil dinâmico, é eficiente que a legislação diminua os custos de transação a fim de possibilitar uma negociação dos contratos a um custo mais baixo.

diante. Essas operações, de acordo com Coase, são extremamente custosas e, em muitos casos, são tão custosas que podem impedir transações que seriam realizadas se o sistema de preços funcionasse sem custos de transação (COASE, 2009, p. 153).

Vamos dar um exemplo que ilustra a incidência de custos de transação na organização da produção. Um curso de mestrado pretende conseguir um professor de Direito para participar de banca de avaliação de uma dissertação. Para obter o professor pelo menor preço possível, o diretor do curso deverá realizar uma pesquisa entre os professores do local para verificar qual está disponível e a que preço. Vamos supor que serão dados vinte telefonemas – de seis minutos cada um –, que custarão ao diretor duas horas de trabalho. Se, para cada aluno, o diretor tiver de incorrer nesses custos, ele gastará boa parcela de seu tempo de trabalho nessa atividade. Uma vez selecionado o professor que custa menos no momento, o diretor terá de negociar com ele os termos do contrato, a forma de pagamento, o deslocamento do professor etc. Após essa etapa, haverá necessidade de fiscalizar o cumprimento do avençado. Essas etapas implicam custos que, no limite, podem inviabilizar a atividade desejada.

Em síntese, o que Coase argumenta é que o empresário pode realizar sua função a um custo menor, desde que utilize os fatores de produção a um preço mais baixo do que o preço de utilização das transações de mercado. A empresa, assim, é um sistema de relações que passa a existir quando a direção dos recursos é dependente de um empresário (COASE, 1937, p. 393). A empresa surge para reduzir esses custos de transação, substituindo o mercado. A mão invisível do mercado é substituída pela mão visível do empresário. A utilização de um mecanismo de organização da atividade econômica pelo mercado ou pelo empresário pode variar de um setor econômico para outro ou de uma empresa para outra (COASE, 1937, p. 387)<sup>50</sup>.

Ronald Coase questiona ainda por que uma empresa se torna maior ou menor. Ele responde que ela se torna maior à medida que as operações adicionais ofereçam um ganho maior do que as operações coordenadas por meio do mecanismo de preços, o que constitui um incentivo para a expansão contínua e ilimitada da empresa. Esse incentivo é compensado por uma força igualmente poderosa, que reduz a eficiência com o crescimento do tamanho da empresa (COASE, 1937, p. 394)<sup>51</sup>. Na verdade, um

---

<sup>50</sup> Os mercados, as empresas e o relacionamento contratual constituem importantes instituições econômicas e são resultado da evolução de uma série fascinante de inovações organizacionais (WILLIAMSON, 1985, p. 15)

<sup>51</sup> Coase aponta três razões principais para que a empresa não cresça contínua e ilimitadamente: retornos decrescentes de renda gerados pelo aumento do custo de organização de transações adicionais dentro da empresa; falhas na colocação dos fatores de produção

problema que desafia a teoria da organização econômica é esclarecer quais condições fazem com que os ganhos oriundos da especialização e da produção cooperativa dentro da empresa superem a organização por meio de mercados (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 93). A nosso ver, a contribuição de Coase foi destacar que a facilidade e a simplificação da constituição e abertura de empresas são importantes instrumentos para o ganho de eficiência econômica. A criação de uma empresa reduz custos de transação de negócios que seriam levados a efeito no mercado, a um custo mais alto e a um prazo mais curto<sup>52</sup>.

O trabalho de Coase ficou adormecido até a década de 70, quando se desenvolveu a economia neoinstitucionalista e surgiu uma economia das empresas (CAVALLI, 2013, p. 170). A partir desse momento, alguns estudos foram elaborados com a finalidade de explicar a estrutura da organização empresarial. A explicação de Coase a respeito do funcionamento da empresa dá ênfase ao poder de autoridade e à ação disciplinar do empresário. De acordo com ele, a empresa é caracterizada pelo poder de resolver questões pelo uso do *Fiat* ou “Faça-se”<sup>53</sup>. A empresa, contudo, não tem autoridade ou ação disciplinar sobre o empregado diferente da contratação comum entre a empresa e seu consumidor, por exemplo. A administração e a alocação de funcionários para tarefas significam que o empresário está sempre envolvido na ma-

nutenção de contratos aceitáveis para ambas as partes. O empresário ou o empregado não são obrigados a prosseguir seu relacionamento por meio de um contrato.

Essa nova abordagem da relação entre o empresário e os fatores de produção torna interessante estudar a função da empresa como meio de reduzir custos de agência. Desse modo, no próximo item, veremos outra teoria econômica da empresa, de acordo com a qual ela tem a função de economizar custos de agência.

### 3.2. Função de economizar custos de agência

A importância da constituição de uma empresa com o objetivo de reduzir custos de agência associa-se ao uso em equipe dos insumos e a posição centralizada do empresário nas combinações contratuais dos outros insumos (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 93). Quando há necessidade de realização de um trabalho em equipe, surge a empresa como forma de reduzir custos de agência. Segundo essa ideia, o empresário é um agente centralizado contratual em um processo de produção em equipe organizado com a função de resolver o problema da mensuração da produtividade e das recompensas aos membros da equipe. Qualquer agente econômico proprietário de um insumo deseja obter suas recompensas de acordo com a produtividade. O mercado, em muitos casos, pode revelar uma adequada correlação entre recompensas e produtividade se o custo de medição for baixo. Em outros casos, como na hipótese de que dois homens levem conjuntamente uma carga pesada para dentro de um caminhão, é difícil determinar a contribuição individual de cada um. O resultado é produzido por uma equipe, e não é a soma dos resultados separados de cada um de seus membros (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 94). O empresário, assim, surge para resolver um

---

nos usos em que o seu valor é maior, ou seja, deixa-se de fazer o melhor uso dos fatores de produção; e aumento do preço de um ou mais fatores de produção em virtude de vantagens de uma pequena empresa em relação a uma grande empresa (COASE, 1937, p. 395).

<sup>52</sup> As instituições assumem o papel relevante de equilibrar as relações negociais a fim de reduzir os custos de transação (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 233).

<sup>53</sup> O *Fiat* é uma alusão à ordem incondicionada e divina da criação, constante do livro do Gênesis (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 105).

problema de medição da produtividade de um trabalho realizado por uma equipe.

O resultado da produção em equipe deve superar os resultados que seriam obtidos individualmente; caso contrário, os agentes optariam por produzir isoladamente no mercado. A produção em equipe envolve vários tipos de recursos, pertencentes a mais de uma pessoa. Nesse tipo de organização, os membros da equipe devem ser recompensados para que o resultado seja eficiente, mas os custos de medição da contribuição de cada um exigem a atuação de um monitor que faça essa aferição. Se o relaxamento de um membro da equipe não puder ser detectado, os demais membros arcarão com seus efeitos, diminuindo o custo do membro que está se esforçando menos de ter mais tempo de descanso. O resultado é menos remuneração para todos.

A solução para a redução da produtividade do membro da equipe é a aferição da gazeta, mas ela exige custos de detecção que são mais bem suportados por um organizador da produção. Esse monitor especializado terá o direito de receber os ganhos líquidos da equipe, livres de pagamento a outros insumos, de maneira a ter um incentivo para não gazetear como monitor. A resolução do problema de produção em equipe implica conceder ao empresário um pacote de direitos que permita a ele ser um reivindicador residual, observar o comportamento dos insumos, alterar as regras de participação em equipe e vender esses direitos a outro empresário (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 97). A empresa, assim, é um artifício fiscalizador, utilizado para aumentar a produtividade de uma produção em equipe<sup>54</sup>. Ela é uma instituição

---

<sup>54</sup> A maioria das organizações são ficções legais que permitem a algumas delas serem tratadas como indivíduos e servem como um ponto de conexão para um conjunto de relações contratuais entre indivíduos (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 90).

altamente especializada para coletar, intercalar e vender insumos, funcionando como um mercado substituto (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 103). A importância do artifício fiscalizador pode ser aferida pelo exemplo dado por Steven Cheung, de acordo com o qual alguns trabalhadores tiveram de rebocar de forma braçal um grande barco de madeira na China. Eles concordaram em contratar um chicoteador para monitorar e punir quem não se esforçasse na tarefa (CHEUNG, 1983, p. 8). Na opinião deles, é melhor ser chicoteado do que ter de rebocar o barco pelos outros, justificando-se a contratação de um monitor para medir a produtividade de cada um.

A definição da empresa destacada acima é incompleta porque menciona somente a relação entre o empresário e seus funcionários. As relações contratuais compõem a essência da empresa não somente com os membros da equipe, mas também com os fornecedores, clientes, credores etc. (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 90). A empresa é caracterizada pela existência de direitos residuais divisíveis dos ativos e fluxos de caixa da organização, que podem ser vendidos sem a necessidade de permissão dos outros participantes do contrato (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 90). Essa teoria dá pouca atenção ao que se passa dentro da empresa e ao que ocorre fora dela, ou seja, no mercado. A empresa serve como foco para um processo complexo, no qual os objetivos conflitantes de indivíduos atingem um equilíbrio. O comportamento da empresa é semelhante ao comportamento de um mercado<sup>55</sup>. No caso das sociedades por ações, os acionistas perdem, em benefício da pessoa jurídica, a propriedade dos bens e direitos transferidos para a sociedade, mas se tornam, perante ela, titulares de direi-

---

<sup>55</sup> Ele é o resultado de um complexo processo de equilíbrio (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 91).

tos, que são protegidos e tutelados por meio da fiscalização e do controle dos atos societários.

Vimos que, pela teoria neoclássica da empresa, ela é um único indivíduo que transforma insumos em produtos, mas a realidade mostra que as empresas são constituídas por diversos indivíduos, em diferentes posições jurídicas, cada um dos quais com o seu próprio interesse específico. É no âmbito da sociedade anônima que se observa com maior nitidez um distanciamento mais acentuado entre propriedade e controle. O distanciamento é tanto mais acentuado quanto maior for a dispersão acionária. Há acionistas que participam da injeção de capital na sociedade, mas que não administram a companhia. O acionista detentor de pequena parcela do capital não tem ingerência sobre as decisões da companhia, as quais competem a um corpo de administradores. Esse fenômeno gera problemas conhecidos na Economia como custos de agência.

É necessário explicar melhor a questão dos custos de agência. Na relação de agência, um indivíduo titular de um interesse (principal) delega a tarefa de praticar determinadas atividades a outro indivíduo (agente) com a expectativa de que este atenda os seus interesses (CAVALLI, 2013, p. 201). Ambos os indivíduos são maximizadores de utilidade, de modo que o agente nem sempre atuará no interesse do principal. Não se pode esperar que os administradores de uma companhia, por guardarem o dinheiro alheio e não o próprio, o protejam com a mesma vigilância que os sócios de uma pequena empresa costumam dedicar ao próprio dinheiro. Os administradores se envolvem em detalhes não necessariamente visando aos interesses dos acionistas. Eles podem estar interessados em gratificações e poder<sup>56</sup>.

O acionista-principal incorre em custos para monitorar o desempenho da sociedade e do seu administrador-agente, de maneira que ele não tem condições de acompanhar tudo o que o administrador faz (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 561). Esses custos da relação principal-agente devem ser menores do que os ganhos auferidos pelo principal decorrentes da habilidade e da especialização dos administradores que exercem suas funções na companhia. Caso contrário, o acionista não aceitaria colocar seu dinheiro nessa espécie de arranjo societário.

Em um ambiente no qual há uma maior assimetria de informações, os problemas de agência são mais acentuados. Diz-se que as informações estão distribuídas assimetricamente quando o administrador-agente possui mais informações sobre o seu comportamento do que as informações disponibilizadas ao acionista-principal. Nas sociedades menos

---

<sup>56</sup> A negligência e o esbanjamento devem sempre prevalecer, em maior ou menor grau, na administração dos negócios de uma companhia (SMITH, 1996, v. 2, p. 214).

complexas, em que o administrador possui a confiança do acionista, gerada por anos de convivência ou por relações de parentesco ou amizade, os custos de agência são reduzidos. Em sociedades mais complexas, os administradores são escolhidos entre milhares de candidatos, sem que tenha ocorrido um contato mais próximo com o acionista que detém pequena parcela do capital da sociedade. A relação principal-agente, portanto, é uma questão de informação assimétrica. O agente detém mais informações sobre ele mesmo do que as disponíveis para o principal. Caso as informações estivessem amplamente disponíveis e o custo do monitoramento do administrador fosse desprezível, os acionistas estariam seguros quanto ao comportamento dos administradores (PINDYCK; RUBINFELD, 2010, p. 561).

Podemos apontar quatro questões peculiares à relação principal-agente: a) conhecimento especializado do agente; b) interesses distintos; c) ganhos do agente a expensas do principal; e d) custos de monitoramento. O administrador possui maior grau de conhecimento especializado do que o acionista minoritário, que muitas vezes investe seu dinheiro na companhia sem ter conhecimento sobre o objeto explorado pela sociedade<sup>57</sup>. O administrador de uma companhia que explora o ramo do petróleo, por exemplo, detém mais informações sobre o ramo de exploração do que o acionista que decide colocar suas economias em ações da sociedade. Esse aspecto é positivo para o acionista-principal porque o conhecimento especializado do administrador-agente permite a ele realizar tarefas a custos menores do que aqueles que seriam despendidos pelo acionista-principal.

Por outro lado, o interesse do acionista-principal de maximizar seus ganhos pode ser distinto do interesse do administrador-agente de buscar suas próprias recompensas. Desse modo, o administrador-agente é tentado a favorecer seus interesses de forma lícita ou ilícita, em detrimento do acionista-principal. O comportamento oportunista do administrador-agente pode ser reduzido pelo monitoramento constante do acionista-principal, mas o monitoramento pode ser difícil e o seu custo, alto, não compensando eventuais ganhos advindos do investimento efetuado na companhia pelo acionista-principal. Em vez de monitorar o administrador-agente, o acionista pode vender suas ações sem qualquer aprovação de outro acionista, tirando seus recursos do controle dos administradores com os quais não concorda<sup>58</sup>. A possibilidade de demissão

---

<sup>57</sup> O desenvolvimento da grande empresa privada no Brasil tornou a sua gestão mais complexa, sendo necessário chamar um profissional para geri-la, em lugar do antigo “dono” (ARRUDA, 1987, p. 48).

<sup>58</sup> A venda irrestrita das ações é uma saída aceitável para cada acionista que discorda das políticas adotadas pela sociedade (ALCHIAN; DEMSETZ, 2005, p. 101).

dos administradores é outro forte estímulo para eles procurarem atingir os objetivos dos acionistas de maximizar o lucro da sociedade; mas os meios de que dispõem os acionistas são limitados e imperfeitos, especialmente se o capital da sociedade estiver pulverizado em grande quantidade de ações.

Os problemas apresentados pela relação principal-agente no Direito Societário e especialmente em uma sociedade anônima simplificada são enfrentados pela limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, conforme veremos no próximo item.

## 4. Limitação da responsabilidade

A racionalidade econômica da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade implica considerar alguns argumentos favoráveis à limitação e alguns desfavoráveis<sup>59</sup>. A limitação da responsabilidade na atividade empresarial ganha tamanha relevância na atualidade que foi aprovada recentemente no país a limitação da responsabilidade do titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada. Dessa forma, passa a ser reconhecida a possibilidade de limitação da responsabilidade do titular de uma empresa individual, sem que ele necessite constituir uma sociedade para essa finalidade, reforçando-se, a nosso ver, a importância da limitação da responsabilidade na atividade empresarial.

### 4.1. Argumentos favoráveis

A limitação da responsabilidade favorece a redução dos custos de capital em virtude de seis

---

<sup>59</sup> A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da sociedade assume tamanha importância na atualidade que a pessoa jurídica de direito empresarial é, sobretudo, um elemento de limitação do risco econômico inerente à empresa (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 227).

motivos (DIAS, 2012, p. 28 et seq.): a) diminuição do gasto de monitoramento na relação entre acionista-principal e administrador-agente; b) incentivo à diversificação dos investimentos; c) diminuição do custo de monitoramento dos outros acionistas e de obtenção de informação; d) livre transferência de ações; e) viabilização do investimento em projetos de maior risco; e f) incentivo à entrada de novas sociedades.

A limitação da responsabilidade implica redução do gasto de monitoramento do acionista-principal sobre as tarefas desempenhadas pelo administrador-agente. Isso é possível porque o acionista-principal não investe todo o seu patrimônio na sociedade, mas somente uma parte dele. Quanto maiores o risco e a extensão da perda do patrimônio, mais elevados serão os gastos de monitoramento do acionista-principal<sup>60</sup>. Quem adquire uma grande quantidade de ações de determinada sociedade monitora a sua administração de forma mais acentuada do que quem adquire poucas ações. Dessa forma, a limitação da responsabilidade reduz o valor em risco e racionaliza os gastos de monitoramento. Poucas pessoas ou nenhuma colocariam seus recursos em uma sociedade se pudessem perder todo o seu patrimônio, amalhado ao longo de décadas por meio de uma ou mais gerações (COELHO, 2002, p. 401).

A limitação da responsabilidade incentiva a diversificação dos investimentos, pois o principal-acionista pode comprometer apenas parte de seu patrimônio em cada uma das decisões de investimento. Imagine se ele compromettesse seu patrimônio toda vez que adquirisse uma ação de uma companhia. O acionista que adquirisse dez ações de dez companhias diferentes, por exemplo, comprometeria seu patrimônio dez vezes. A limitação da responsabilidade permite

---

<sup>60</sup> A ausência de limitação da responsabilidade poderia no limite inviabilizar a captação de recursos pela sociedade.

a ele que diversifique suas opções de investimento, compensando-se a perda em um deles com o ganho em outros.

A limitação da responsabilidade reduz o gasto de monitoramento dos demais acionistas. Caso não houvesse limitação da responsabilidade, os credores tenderiam a executar os acionistas de maior patrimônio, porque bastaria a eles incorrer no custo de poucas execuções sobre os mais ricos. Dessa forma, os acionistas passariam a monitorar o patrimônio dos demais e a transferência das ações, visando obter a informação sobre o patrimônio do adquirente, se maior ou menor do que o patrimônio do alienante. No âmbito da responsabilidade limitada, o patrimônio total dos demais acionistas é irrelevante, o que implica menores gastos com monitoramento. A responsabilidade limitada reduz ainda os gastos de obtenção de informações. Esses custos dos acionistas passam a se concentrar no potencial e nos riscos da própria sociedade, não sendo necessário despendar recursos para a obtenção de informações sobre a saúde financeira dos acionistas. O suporte para a mobilização de recursos para a sociedade é a responsabilidade limitada, pois, se não houvesse esse mecanismo, a sociedade poderia recorrer somente a um pequeno grupo de indivíduos relacionados pessoalmente entre si e animados por uma recíproca confiança pessoal (ARRUDA, 1987, p. 46).

A responsabilidade limitada permite que o valor das ações seja estimado e calculado de acordo com as informações econômicas da companhia, sem se levar em conta o patrimônio pessoal do acionista<sup>61</sup>. Isso torna a precificação das ações uma tarefa menos complexa do que seria se não houvesse uma limitação da responsabilidade. A livre transferência das ações, assim, é viabilizada pela facilidade no cálculo do seu preço, sem levar em conta informações pessoais dos acionistas. Ademais, a diminuição dos direitos do acionista de gerir e fiscalizar a sociedade de forma mais próxima é contrabalançada pela facilidade e simplicidade na venda de ações e na possibilidade de deixar de participar da sociedade (ARRUDA, 1987, p. 46).

A responsabilidade limitada permite uma atuação mais arriscada dos administradores, contribuindo para o desenvolvimento de projetos de maior risco, mas que, em compensação, podem trazer maior possibilidade de lucros. Caso não houvesse a limitação da responsabilidade, é provável que os acionistas impedissem os administradores de investir em projetos arriscados de novos produtos e tecnologias. Sem a proteção patrimonial, os sócios direcionariam seus recursos para atividades consolidadas e de

---

<sup>61</sup> Na companhia, o sócio vale pelas contribuições que faz para formar o patrimônio social, e não pelo que é. A companhia nada vale pela qualidade de seus acionistas, mas pelo quanto possui (GONÇALVES NETO, 2005, p. 49).

menor risco, uma vez que os produtos novos somente atrairiam esses recursos se pudessem proporcionar altíssima rentabilidade, arcando o consumidor com preços mais elevados para produtos inovadores (COELHO, 2002, v. 2, p. 402).

Além disso, a limitação da responsabilidade beneficia a entrada de novas companhias no mercado. As companhias nascentes que não contam com um histórico positivo a seu favor podem captar recursos mais facilmente dos acionistas, sem que o patrimônio destes seja colocado integralmente em risco. Caso contrário, os acionistas não arriscariam colocar todo o seu patrimônio em companhias novas e ainda não testadas<sup>62</sup>. Vale destacar que a entrada de novas companhias favorece a concorrência e colabora para a redução dos preços dos produtos e para a ampliação das opções de escolha do consumidor.

A limitação da responsabilidade, no entanto, não é imune a críticas.

#### **4.2. Argumentos desfavoráveis**

A limitação da responsabilidade é motivo de críticas fundamentadas em três pontos (DIAS, 2012, p. 38 et seq.): a) externalização de custos aos credores involuntários; b) risco moral; e c) privilégio da limitação em face dos riscos da vida.

A limitação da responsabilidade permite aos sócios estabelecer um valor máximo de comprometimento do seu patrimônio para pagamento dos credores da companhia. Vamos supor que o capital subscrito e totalmente integralizado de uma sociedade anônima seja de cem mil reais. Caso as dívidas com os credores cheguem ao valor de trezentos mil reais e o patrimônio da companhia seja idêntico ao valor do capital social, podemos dizer que não será paga aos credores a diferença de duzentos mil reais. É interessante, nesse ponto da discussão, estabelecer uma classificação entre credores voluntários e credores involuntários da companhia.

Os credores voluntários da companhia são aqueles que negociam de forma contratual com a sociedade os mais variados negócios jurídicos. Assim, um banco que concede um empréstimo à companhia, sabendo da limitação da responsabilidade dos sócios, cobrará uma taxa de juros que compense a limitação da responsabilidade, aumentando o valor da taxa até que a barganha reflita uma divisão racional dos riscos entre o banco e a companhia. Os credores voluntários são compensados pelo aumento na cobrança da taxa de juros ou do preço. Outra alternativa para a instituição financeira é exigir a garantia pessoal dos sócios aos

---

<sup>62</sup> Fatores relativamente imprevisíveis podem sacrificar a empresa (COELHO, 2002, p. 38).

empréstimos fornecidos à sociedade empresária<sup>63</sup>. Na medida em que podem embutir uma taxa de risco ao compor seus preços, os credores que negociam com a sociedade, como o atacadista, o fornecedor de insumos, o banco etc., têm plenas condições de negociar seus créditos e não são lesados pela limitação da responsabilidade dos sócios (COELHO, 2002, p. 403). Assim, os sócios podem abrir mão do seu direito de limitação da responsabilidade se houver uma perspectiva maior de retorno de seus investimentos decorrente da diminuição do custo de tomar emprestado (POSNER, 2003, p. 412).

Há aqui uma questão interessante sobre a classificação dos credores trabalhistas e dos consumidores entre os credores voluntários ou involuntários. Caso se entenda que os credores trabalhistas são credores voluntários, pode ser defendida a posição segundo a qual os valores negociados no contrato de trabalho refletem a limitação da responsabilidade dos sócios, assim como os valores negociados nos contratos de consumo. De acordo com esse raciocínio, a limitação da responsabilidade aumenta o valor do salário e diminui o preço do produto. Desse modo, pode ser defendida uma posição mais firme em favor da rigidez da limitação da responsabilidade. Essa questão é importante para a abordagem da relativização da responsabilidade no âmbito das relações trabalhistas e consumeristas.

Os credores involuntários são aqueles titulares de créditos decorrentes de relações jurídicas que não resultam da negociação voluntária com a companhia. São exemplos de credores involuntários o fisco e o meio ambiente, ambos representados pelo Estado. Outro exemplo de credor involuntário é a vítima de acidente não decorrente de relação contratual, objeto de estudo da responsabilidade civil extracontratual. A limitação da responsabilidade nesses casos permite à companhia beneficiar-se do lucro de atividades econômicas, transferindo custos para os credores involuntários. Os credores não negociais, como trabalhadores e titulares do direito de indenização, inclusive os consumidores, não têm meios de formar seus preços, agregando-lhes uma taxa de risco, de modo que a limitação da responsabilidade dos sócios representa prejuízo, pois não dispõem dos mesmos instrumentos de negociação dos credores voluntários (COELHO, 2002, p. 403).

Caso esses custos não sejam internalizados, a situação caracteriza um exemplo de externalização dos custos da atividade econômica. A limitação da responsabilidade permite aos sócios a externalização do

---

<sup>63</sup> A instituição financeira, ao conceder crédito, costuma exigir a garantia pessoal dos sócios aos empréstimos fornecidos à sociedade empresária, afastando contratualmente a limitação da responsabilidade (BARBOSA, 2013, p. 324).

risco de insucesso aos credores involuntários. Vamos imaginar que uma companhia com o capital de vinte mil reais, devidamente subscrito e integralizado, adquira um maquinário de baixo valor e o utilize para causar devastação e poluição em áreas e acervos naturais. O dano ao meio ambiente (que vamos supor em duzentos mil reais) não poderá ser assumido pela sociedade, dado o baixo montante do capital social e possivelmente do seu patrimônio, resultando em custos para a sociedade em geral.

Existem algumas soluções para o problema da limitação da responsabilidade. Uma delas é a sua relativização em relação aos credores involuntários. Outra solução é a contratação de seguro pela companhia, de forma obrigatória pela lei ou facultativamente, como modo de evitar sua falência em razão de acidentes. Uma terceira hipótese é a contratação de seguros individuais pelas vítimas. Esta última opção é dificultada pelo grande número de seguros que teriam de ser adquiridos pelas vítimas de forma individual.

Outro argumento contrário à limitação da responsabilidade dos sócios é o aumento da probabilidade de ocorrência de risco moral<sup>64</sup>. Ao se verem protegidos pela limitação da responsabilidade, os sócios podem diminuir de tal forma o monitoramento dos administradores que estes se verão incentivados a adotar condutas mais arriscadas em projetos cujo retorno possa ser mais lucrativo. O outro lado do risco moral é o incentivo decorrente da limitação da responsabilidade ao investimento em projetos de maior risco. A nosso ver, os ganhos propor-

cionados pelo investimento em novos produtos e tecnologias suplantam os ganhos decorrentes da redução do risco moral. Além disso, vale destacar que a limitação da responsabilidade incentiva os credores financeiros a se tornarem mais cautelosos ao conceder crédito à companhia, mitigando-se de certa forma a incidência de risco moral.

A exposição ao risco como fato normal da vida é outro argumento contrário à limitação da responsabilidade dos sócios. Muitas pessoas correm riscos por não terem um plano de saúde, por exemplo, ou por viverem em áreas sujeitas a tempestades e inundações. Dessa forma, argumenta-se que a limitação da responsabilidade seria um privilégio a favor justamente das pessoas que detêm os maiores patrimônios na sociedade. Contrariamente a esse argumento, pode-se afirmar que as pessoas procuram se precaver contra os riscos e reduzir ao máximo suas vulnerabilidades, sendo esse fato uma das razões para a existência de um mercado de seguro.

Em síntese, parece-nos que os benefícios advindos da responsabilidade limitada, conforme examinado no item anterior, suplantam suas eventuais deficiências, destacadas neste item. A limitação da responsabilidade favorece o empreendedorismo, gerando um benefício maior à sociedade em geral do que eventual custo suportado por credores de determinada sociedade falida (BARBOSA, 2012, p. 323).

## 5. Considerações finais

Apresentam-se a seguir as linhas conclusivas assumidas no presente trabalho.

O empresário detém a primazia na produção de bens e serviços para o atendimento das necessidades dos demandantes. Ele promove seu enriquecimento pessoal e, em nível agregado, o desenvolvimento econômico do país.

---

<sup>64</sup> O risco moral é um problema interessante no setor de seguros. O consumidor que adquire o seguro de um bem que será reembolsado completamente pelo furto não tem qualquer incentivo para tomar cuidado (VARIAN, 2012, p. 765). Um raciocínio semelhante pode ser utilizado na limitação da responsabilidade dos sócios, que terão menor incentivo para cobrar cuidado dos administradores caso estejam totalmente protegidos pela limitação.

O desenvolvimento econômico requer um ambiente regulatório que facilite a entrada de novos empreendedores, com motivação e boas ideias, de maneira a possibilitar a chamada destruição criadora, conforme destacado por Schumpeter.

A definição do conceito de empresa é uma das tarefas mais difíceis a cargo do jurista e do economista. A empresa é dotada de quatro perfis diferentes, cada um deles ressaltando um aspecto do fenômeno econômico da empresa. A legislação atual dá ênfase ao perfil subjetivo. De acordo com a sua definição normativa, o empresário é a pessoa que dirige e organiza as atividades econômicas de produção de bens, circulação de mercadorias e prestação de serviços, exercidas pelos trabalhadores em seu nome. O conceito de empresário tem se desgastado nos últimos anos, perdendo seu caráter diferenciador de atividades e passando a englobar atividades não organizadas.

A legislação não estabelece expressamente o conceito de sociedade empresária, mas a sua definição está fundamentada no objeto desenvolvido. É sociedade empresária aquela que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito ao registro. A sociedade anônima é uma sociedade empresária em virtude de sua forma, independentemente do objeto exercido.

As sociedades são personificadas ou não personificadas. As sociedades que nos interessam são as personificadas e que são consideradas pessoas jurídicas. A teoria da pessoa jurídica é uma espécie de artifício utilizado pelo Direito para dar personalidade jurídica a pessoas que contam com existência tão somente ideal.

A empresa, para a teoria econômica neoclássica, é uma espécie de caixa-preta. Ela é encarada como um único indivíduo, que transforma insumos em produtos, dando-se ênfase aos seus aspectos tecnológicos. O ordenamento jurídico corrobora essa concepção da teoria neoclássica

de empresa como indivíduo ao reconhecer o título de pessoa a determinadas sociedades empresárias, de forma semelhante a uma pessoa natural. A teoria econômica neoclássica não explica a necessidade de existência da empresa e a sua forma de organização interna, especialmente como os conflitos de interesse entre os proprietários, administradores, trabalhadores e consumidores são resolvidos.

A principal razão encontrada por Ronald Coase (1937, 2009) para a existência de uma empresa é o custo de utilização do mecanismo de preços de mercado. Os custos de obtenção de informações sobre o parceiro contratual, os custos de negociação das cláusulas do contrato e os custos de cumprimento do acordo, denominados custos de transação, levam o empresário a celebrar somente um contrato em vez de uma série deles. Além disso, um contrato de longo prazo, em termos gerais, pode significar redução de custos de transação em relação à celebração de contratos de curto prazo. A contribuição de Coase foi destacar que a facilidade e a simplificação da constituição e da abertura de empresas são importantes instrumentos para ganho de eficiência econômica. A criação de uma empresa reduz custos de transação de negócios que seriam levados a efeito no mercado a um custo mais alto e em um prazo mais curto.

A explicação de Coase (1937, 2009) dá ênfase ao poder disciplinar do empresário, mas a continuidade do relacionamento por meio de um contrato depende da manutenção de cláusulas aceitáveis para ambas as partes. Essa abordagem torna interessante estudar a função da empresa como meio de reduzir custos de agência. O empresário surge para resolver um problema de medição da produtividade de um trabalho realizado em equipe. Além disso, a empresa é uma organização que serve como ponto de conexão para um conjunto de relações contratuais entre indivíduos.

As relações contratuais geram problemas conhecidos na Economia como custos de agência. Na relação de agência, um indivíduo-principal, titular de um interesse, delega a tarefa de praticar determinada atividade a outro indivíduo-agente, com a expectativa de que este atenda a seus interesses. Ambos os indivíduos são maximizadores de utilidade, de modo que o agente nem sempre atuará no interesse do principal.

O principal deve arcar com custos de monitoramento para acompanhar o desempenho da companhia e do seu administrador. Esses custos de monitoramento devem ser menores do que os ganhos auferidos pelo principal decorrentes da habilidade e da especialização dos administradores que exercem suas funções na companhia. A limitação da responsabilidade dos sócios da companhia serve como instrumento de redução dos custos de monitoramento dos administradores, viabilizando a constituição de uma sociedade formada por um número elevado de sócios.

A limitação da responsabilidade favorece a redução dos custos de obtenção de capital pela sociedade. Ela diminui os gastos de monitoramento da atividade do administrador porque reduz o valor em risco do sócio. A limitação incentiva a diversificação dos investimentos, pois permite ao sócio comprometer somente parte de seu patrimônio em cada um dos investimentos. Além disso, a limitação da responsabilidade reduz o gasto de monitoramento dos demais sócios e de obtenção de informações sobre o patrimônio deles, ao tornar tais informações irrelevantes. A limitação da responsabilidade permite ainda que o valor das ações seja estimado de acordo com as informações econômicas da companhia, incentiva os investimentos da sociedade em atividades arriscadas e colabora para a abertura de novos empreendimentos.

A limitação da responsabilidade é criticada por externalizar prejuízos aos credores involuntários da sociedade, como a vítima de acidentes; por incentivar comportamentos menos cautelosos, em razão do chamado risco moral; e por privilegiar determinados indivíduos contra os riscos da vida.

A nosso ver, os benefícios advindos da limitação da responsabilidade dos sócios, por permitirem uma diminuição dos custos de obtenção de capital, suplantam as eventuais deficiências da limitação.

## Referências

AGUILAR FILHO, Hélio Afonso; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. Instituições e cooperação social em Douglass North e nos intérpretes weberianos do atraso brasileiro. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 41, n. 3, p. 551-571, jul./set. 2011.

- ALCHIAN, Armen; DEMSETZ, Harold. Produção, custos de informação e organização econômica. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 92-108, jul./set. 2005.
- ARBACHE, Jorge. Indústria ou densidade industrial? *Valor Econômico*, São Paulo, 23 ago. 2013.
- ARRUDA, Maria Clara da Silveira Villasboas. Companhia Aberta x Companhia Fechada. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova série, v. 26, n. 65, p. 42-63, jan./mar. 1987.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- BARBOSA, Eraldo Sérgio. Ronald Harry Coase. *Universa - Revista da Universidade Católica de Brasília*, v. 3, n. 1, p. 203-224, mar. 1995.
- BARBOSA, Leonardo Garcia. Instituições e registro de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 195, p. 319-329, jul./set. 2012.
- \_\_\_\_\_; BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida. Direito do comércio internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 197, p. 249-256, jan./mar. 2013.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos jogos e fechamento de empresas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 197, p. 317-329, jan./mar. 2013.
- BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código comercial. *Coleção de leis do Brasil*, 31 dez. 1850<sup>a</sup>.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no processo comercial. *Coleção de leis do Brasil*, 31 dez. 1850b.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.
- \_\_\_\_\_. Projeto de lei n. 1.572, de 14 de junho de 2011. Institui o Código Comercial. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, 15 jun. 2011.
- CALIENDO, Paulo. Direitos fundamentais, direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, v. 3, n. 7, p. 203-222, abr./jun. 2009.
- CARVALHO, Cristiano Viveiros de. Deveres instrumentais e custos de transação. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 8, p. 115-122, 2007.
- CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da lei de sociedades anônimas. *Direito & Economia*, Porto Alegre, p. 263-271, 2008.
- \_\_\_\_\_; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito societário. In: TIMM Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CHEUNG, Steven N. S. The contractual nature of the firm. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 26, n. 1, p. 1-21, 1983.
- COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.
- \_\_\_\_\_; O problema do custo social. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 7, n. 26, p. 135-191, abr./jun. 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COOTER, Robert; SCHÄEFER, Hans-Bernd. *Solomon's knot: how law can end the poverty of nations*. Princeton: Princeton University, 2011.
- DIAS, Cristiano Cardoso. *A responsabilidade limitada e o empresário individual*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Milton Campos, Minas Gerais, 2012.

ESTRELLA, Hernani. Da comercialização do direito civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 8, n. 43, p. 17-34, jan./fev. 1960.

FALCÃO, Marina. Contax terá 60% dos atendentes no Nordeste. *Valor Econômico*, São Paulo, 13 ago. 2013.

FRANÇA. *Lei de Le Chapelier*. Paris: [s.n.], [1791?].

GONÇALVES, Oksandro. O recoser da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada no Projeto do Novo Código Comercial. In: COELHO, Fábio Ulhôa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (Org.). *Reflexões sobre o projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário: sociedade anônima*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

JONES, Charles. *Introduction to economic growth*. 2. ed. Nova Iorque: W.W. Norton, 2002.

KNIGHT, Frank. *Risco, incerteza e lucro*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1972.

MARCONDES, Sylvio. Direito mercantil e atividade negocial no projeto de Código Civil. In: MACHADO, Silvío. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. 7. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2003.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHRAMM, Carl. Economics and the entrepreneur. *Claremont Review of Books*, California, May 2008.

SCHUMPETER, Joseph. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2007.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2010.

TOMAZETE, Marlon. *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

VARIAN, Hal. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. Tradução de Elfo Ricardo Daninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VERA, Flávia Santinoni. Consequências do Direito Brasileiro para o Empreendedorismo. In: ROCHA, A. et. al. *Agenda Legislativa para o Desenvolvimento Nacional*. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2011.

VIVANTE, Cesare. *Instituições de direito comercial*. 3. ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. 8 v.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.



## Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa – RIL divulga artigos inéditos sobre temas em debate no Congresso Nacional ou de cunho histórico sobre o Poder Legislativo. As colaborações, selecionadas por corpo técnico, deverão ser encaminhadas à Coordenação de Edições Técnicas por *e-mail* (livros@senado.leg.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na RIL e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digitalizada. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12, espaçamento entre linhas de 1,5 e salvo como documento do Word. Dos artigos deverão constar breve resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados também em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela).

O texto enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo, será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

### *Exemplos de citação direta:*

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

### *Exemplos de citação indireta:*

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a ideia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

*Exemplo de monografia no todo:*

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

*Exemplo de parte de monografia:*

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

*Exemplo de artigos de periódicos:*

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

*Exemplo de artigos de jornais:*

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão “Disponível em:” e data de acesso ao documento precedido da expressão “Acesso em:”.

*Exemplo de referências em meio eletrônico:*

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 10 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.