

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 218

Brasília | abril – junho/2018

Ano 55

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 55 | nº 218
abril/junho – 2018



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, consequentemente, em debate no Congresso Nacional.

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

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

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

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Glauucia Cruz. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Glauucia Cruz, Marcus Aurélio Oliveira e Rejane Campos. CAPA: Serviço de Multimídia.

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, Bloco 08, Mezanino, Setor 011
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

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

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

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Wuhan University, Wuhan, Hubei, China / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Carla Bliacheriene, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Centro Universitário Metodista IPA, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dra. Angela Araujo da Silveira Espindola, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dra. Ângela Issa Haonã, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Grupepmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Cândice Lisboa Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Daniel Araújo Valença, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara,

Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilacqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebuzzi Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabíola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabrício Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Nagib Marcos Coelho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Ma. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Geisa de Assis Rodrigues, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Júlio César Faria Zini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lidia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lidia Patricia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Livia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Lucas Catib de Laurentiis, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas,

Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luís Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maren Guimarães Taborda, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilisa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Michael César Silva, Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Michael Freitas Mohallem, University College London, Londres, Reino Unido / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Mônica Duarte, Faculdade de Direito AVANTIS, Itapema, SC, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Osvaldo Ferreira de Carvalho, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Renata Queiroz Dutra, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Correa de Araujo, Faculdade de Olinda,

Olinda, PE, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Dr. Rodrigo Vieira Costa, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Rosangela Marina Luft, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salete Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salete Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silvana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Instituto de Desenvolvimento Cultural, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wlademir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

André Studart Leitão é doutor e mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal. / Bruno Rabelo Coutinho Saraiva é graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil; pós-graduando em Docência do Ensino Superior pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestrando em Ciências Jurídicas pela *Universidad de la Integración de las Américas*, Assunção, Paraguai. / Cleuler Barbosa das Neves é doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; professor associado da graduação, especialização *lato sensu* e integrante dos quadros do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil. / Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal. / Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil. / João Carneiro Duarte Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia, Barra do Garças, MT, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil. / João Hélio Ferreira Pes é doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil. / José Leandro Monteiro de Macêdo é mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal. / Leonardo Parentoni é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisador visitante na Universidade do Texas, Austin, TX, Estados Unidos; financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de

Janeiro, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França; professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; juiz federal, Justiça Federal do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil. / Márcilio da Silva Ferreira Filho é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Recife, PE, Brasil; doutorando no Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil. / Patricio Maraniello é juiz do *Juzgado Nro. 5 Civil y Comercial*, Argentina; presidente da *Asociacion Argentina de Justicia Constitucional* e vice-presidente da *Asociacion Mundial de Justicia Constitucional*. / Paulo César Busato é doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e da FA Centro Universitário, Curitiba, PR, Brasil; procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Rafael Bathelt Fleig é graduado pelo Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil; advogado. / Ricardo Antônio Lucas Camargo é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto de Direito Econômico e Economia Política do programa de pós-graduação em Direito e do departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. / Vanessa Chiari Gonçalves é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professora adjunta de Direito Penal e Criminologia do programa de pós-graduação em Direito e do Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. / Thiago Ivo Odon é doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário, Brasília, DF, Brasil.

Sumário

Autor convidado em língua estrangeira

- 13 ***El Poder Judicial Federal Argentino***
Historia, evolución y perspectiva
Patricio Maraniello

Artigos

- 33 **Segurança pública e análise econômica do crime**
O desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil
Tiago Ivo Odon
- 63 **Dever de consensualidade na atuação administrativa**
Cleuler Barbosa das Neves
Marcílio da Silva Ferreira Filho
- 85 **A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro**
Paulo César Busato
- 99 **Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde**
Flávio Quinaud Pedron
João Carneiro Duarte Neto
- 113 **O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls**
João Hélio Ferreira Pes
Rafael Bathelt Fleig
- 141 **O semipresidencialismo francês em xeque**
Marcelo Leonardo Tavares
- 163 **Conteúdo e alcance das normas gerais de Direito Previdenciário**
André Studart Leitão
Eduardo Rocha Dias
José Leandro Monteiro de Macêdo

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

191 **Compliance** jusaeronáutico
O novo instituto jurídico para inibir a violação das normas de direito aeronáutico
Bruno Rabelo Coutinho Saraiva

205 **Os crimes contra a economia popular no Estado Novo na perspectiva do bem jurídico protegido**
Ricardo Antônio Lucas Camargo
Vanessa Chiari Gonçalves

Artigo em língua estrangeira

221 **Limited liability company – LLC**
Some major differences between Brazil and the US legislation
Leonardo Parentoni

El Poder Judicial Federal Argentino

Historia, evolución y perspectiva

PATRICIO MARANIELLO

Resumen: El Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los demás tribunales inferiores, establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación en función de la potestad prevista en el art. 75, inc. 20 de la C.N.. Con la reforma constitucional de 1994, al Poder Judicial se le incorporaron dos organismos: el Consejo de la Magistratura (art. 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115). Estos son los encargados de la administración del Poder Judicial; de elegir a los jueces a través de la elaboración de una terna de candidatos por cada vacante federal que haya para cubrir; de controlar su actuación y, de corresponder, iniciar juicio político. Producto seguramente de las modificaciones y alteraciones, sin un plan sistemático y orgánico, observamos, sin necesidad de realizar un estudio exhaustivo de ello, un Poder Judicial Federal muy colapsado de causas -dato empírico de la realidad-.

Palabras-clave: Poder Judicial Federal. Corte Suprema de Justicia. Tribunales federales inferiores.

Introducción

Luego del año 1810, con el gobierno patrio las funciones del Estado fueron distinguidas en legislativas, ejecutivas y judiciales, aunque la división de poderes no fue exacta. El Poder Judicial recién tuvo un papel importante en los textos constitucionales, en los cuales se impuso la independencia de este poder con respecto a los otros dos (CARNOTA; MARANIELLO, 2008).

En 1812, la Real Audiencia fue reemplazada por la Cámara de Apelaciones, siendo los oidores sustituidos por conjuces criollos. Sus cargos duraban mientras durase su buena conducta y sus atribuciones fueron exclusivamente judiciales.

Autor convidado

En los comienzos patrios, los jueces tuvieron clara dependencia del Poder Ejecutivo y, en segundo lugar, de la asamblea legislativa.

El Poder Ejecutivo entendía en los conflictos acaecidos en el ámbito castrense y en las causas de contrabando, debiendo además vigilar el cumplimiento de las leyes y la recta administración de justicia. Asimismo, los jueces dependían del Poder Legislativo pues no podían interpretar la ley -debiendo aplicar su texto expreso-, y elevar toda duda al respecto al mencionado poder.

Si tenemos en cuenta que el Estado Federal Argentino nace con la creación de la Constitución Nacional de 1853 (ARGENTINA, 1853), el Poder Judicial Federal no pudo iniciarse de otro modo, es decir, con dicho instrumento constitucional. Aunque no podemos soslayar que antes de comenzar a funcionar¹, sufrió algunas modificaciones producto de la reforma constitucional de 1860.

El antiguo art. 91 de la Constitución Nacional de 1853 establecía:

El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación (ARGENTINA, 1853, p. 285).

A imagen y semejanza con la Constitución de Estados Unidos de 1787, el Poder Judicial Federal estará compuesto por el órgano superior denominado Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores. En cuanto al número de miembros de la Corte Suprema de Justicia, tuvo algunas modificaciones, atento que el antiguo art. 91 de la Constitución Nacional de 1853 establecía, que “la Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación” (ARGENTINA, 1853, p. 285).

La determinación del número de miembros de la Corte Suprema, la obligación de que su residencia sea en la Capital, y la cantidad de fiscales que actuarían ante la Corte, fue derogado con la reforma de 1860, lo que

¹El primer presidente constitucional, el Gral. Justo José de Urquiza, estableció provisoriamente la capital federal en la ciudad de Paraná, y federalizó todo el territorio de su provincia (Entre Ríos), que pasó a estar bajo el mando directo del presidente. Mientras tanto, disconforme con la Constitución sancionada y con la elección del primer mandatario, el “Estado de Buenos Aires” se separaba de la Confederación Argentina. Por lo que llevó a Urquiza a inaugurar las sesiones del flamante Congreso de la Confederación el 22 de octubre de 1854. Dos meses antes, el 26 de agosto de ese año, el presidente había designado a los primeros miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Confederación Argentina. Ellos fueron: Gabriel Ocampo, José Roque Funes, Francisco Delgado, Martín Zapata, Facundo Zuviria, Bernabé López, José Benito Graña, Nicanor Molinas y Baldomero García. Los primeros fiscales fueron los doctores Ramón Ferreira y Pío Tedín.

llevo a que fuese el Poder Legislativo, a través de la ley, quien determinase la composición de la Corte y su lugar de residencia.

Por otro lado, en cuanto a su competencia, también sufrió muchas modificaciones a lo largo de los años, pues además de lo reglado en el artículo 116 y 117 de la Constitución Nacional (C.N.), comenzó a resolver los recursos extraordinarios, ordinarios y a intervenir en casos de la vía originaria exclusiva; en los recursos de quejas por retardo de justicia; en cuestiones de competencia; en conflictos entre jueces, y en los supuestos de privación de justicia; también interviene en avocaciones; y en los recursos de apelación de las sanciones disciplinarias aplicadas a los magistrados por el Consejo de la Magistratura, por cuestiones relacionadas con la eficaz prestación del servicio de justicia.

También tuvo un avance significativo sobre los elementos necesarios para acudir por Recurso Extraordinario, atento que por artículo 14 de la ley 48 (ARGENTINA, 1963), tan solo existía la cuestión federal, pero en forma pretoriana amplió su competencia en los casos de sentencia arbitraria, y gravedad institucional. A esta última, mediante ley 26.790 (ARGENTINA, 2012) se añadió el *per saltum*, agregando su intervención en los arts. 257 bis y 257 ter. del *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*.

Finalmente, producto de estas modificaciones y alteraciones, observamos un Poder Judicial Federal muy colapsado de causas -dato empírico de la realidad-, sin necesidad de realizar un estudio muy exhaustivo de ello. Sumado a la mala imagen que ostenta con la ciudadanía, y la globalización de los derechos y acciones, necesitamos de desarrollar cambios para preparar al Poder Judicial para el siglo XXI, para ello debemos estudiar sus orígenes, sus modificaciones y avances, y fijar las bases para la elaboración de cambios significativos para un nuevo Poder Judicial.

1. La competencia federal y provincial

Como se dijo, el sistema federal adoptado constitucionalmente por la República Argentina ha determinado la distinción entre la competencia federal y la provincial, constituyendo un Poder Judicial de la Nación y los Poderes Judiciales de las Provincias. Esta potestad provincial de crear su propia justicia está determinada por el art. 5 de la C.N..

Al respecto hay que tener en cuenta que, luego de la reforma constitucional de 1994, se ha incorporado al federalismo judicial, el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.) (artículo 129, C.N.) (ARGENTINA, 1994).

Las funciones de los poderes federales son delegados, no son propios, y uno de los poderes delegados por las provincias al Gobierno Federal es el judicial, siempre que la cuestión en pugna verse sobre una materia relacionada a la defensa de intereses públicos de carácter general que custodia el poder central.

Así lo tiene determinado el artículo 121 de la C.N., que determina:

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (ARGENTINA, 1994, p. 21).

Adunando a ello, el artículo 116 de la C.N. por la cual se establece, de modo general, cuestiones e intereses cuyo entendimiento corresponde a la justicia federal. Por su parte, la ley 48 reglamenta la cuestión, siguiendo los lineamientos constitucionales antes mencionados.

1.1. Características de la competencia federal

La competencia federal tiene las siguientes características (BORINSKY, 2016):

– *Es de excepción*: las provincias (y también C.A.B.A., con sus particularidades) deben administrar ordinariamente la justicia dentro de sus respectivos territorios y la Nación lo hará en los casos de excepción que surgen de las facultades delegadas por las provincias al poder central (art. 1º, C.N.), y con las atribuciones limitadas a casos en determinadas materias, a casos vinculados con determinados sujetos o por hechos realizados en determinados lugares.

– *Es expresa*: sólo actúa cuando el caso le está expresamente atribuido al fuero federal por la ley con fundamento en la C.N.. Es decir, una causa no puede ser sustraída de los tribunales provinciales sino por una ley consecuente con la C.N., y sin que pueda ser extendida a los casos no señalados.

– *Es limitativa o restrictiva*: las leyes que la prevén no pueden ser extendidas a casos análogos ni ampliadas por vía de interpretación.

– *Es suprema y privativa*: las resoluciones dictadas por la justicia federal no pueden ser revisadas por un tribunal provincial. Sólo los tribunales federales pueden entender en las causas a ellos asignadas por las leyes.

– *Es inalterable*: no puede variar por las modificaciones que sufra la materia o los elementos objetivos o subjetivos del hecho del proceso. El hecho objeto del juicio fija la competencia definitivamente en el momento de su comisión, aunque después pierda su naturaleza federal.

1.2. Determinación de la competencia federal

La intervención de un tribunal federal puede quedar determinada a partir de ciertas características del caso. Se encuentra justificada la competencia del fuero federal cuando existen ciertas temáticas que, al afectar intereses nacionales -relacionados al correcto desenvolvimiento del comercio nacional e internacional-, exceden los intereses de una provincia determinada.

Entre ellos tenemos el Derecho Marcario; Narcotráfico; Falsificación de moneda; Trata de personas y Secuestro Extorsivo; Delitos contra la administración pública nacional; Delitos de lesa humanidad; Lavado de activos de origen ilícito.

En este sentido, acudiendo a parámetros generales, pueden identificarse los siguientes:

– *Determinación de la competencia federal por la materia:* La C.N. y las leyes nacionales fijan la competencia federal en razón de la naturaleza del caso en el que debe entender el tribunal, entre otros, en los siguientes casos: causas especialmente regidas por la C.N.; causas especialmente regidas por leyes del Congreso de la Nación y que no están comprendidas en las materias que corresponden a los códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y de la seguridad social; causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras; causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

– *Determinación de la competencia federal por la investidura del sujeto:* En ciertas ocasiones, la investidura o ciertas características de los sujetos involucrados en la causa, pueden determinar que corresponda la competencia federal. Entre otros, esos casos son: las causas en que la Nación sea parte; causas que se susciten entre habitantes de diferentes provincias; las causas que se susciten

entre un ciudadano argentino y otro extranjero; causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros.

– *Determinación de la competencia federal por el lugar:* La competencia territorial en materia civil y comercial se determina por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado. El único supuesto en el que se admite la prórroga de la competencia territorial ante el acuerdo de las partes es en asuntos exclusivamente patrimoniales. Mientras que, en materia penal, se establece que será competente el tribunal de la circunscripción judicial donde se ha cometido el delito. Existen lugares de absoluta y exclusiva jurisdicción federal como ser: lugares extraprovinciales que integran la República Argentina comprendidos en la expresión “territorios nacionales”: islas y ríos y puertos argentinos; lugares interprovinciales adquiridos por compra o cesión para utilidad pública nacional; los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales (BORINSKY, 2016).

No obstante, lo expuesto, la determinación relativa a si una causa es de competencia federal u ordinaria no siempre resulta una tarea automática y simple, pues, a fin de determinar la competencia, hay que aplicar a cada caso concreto el marco teórico sobre justicia federal referenciado anteriormente.

2. Origen constitucional del Poder Judicial

En 1810 existían, en virtud de la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, ocho intendencias (Buenos Aires, Córdoba, Tucumán, Paraguay, Cochabamba, La Paz, La Plata y Potosí) y cuatro gobiernos militares en el territorio virreinal (Moxos,

Chiquitos, Misiones y Montevideo). Estas circunscripciones se fueron separando del Río de la Plata para formar los actuales países de Paraguay, Bolivia, la República Oriental del Uruguay y la República Argentina. El territorio argentino se formó a partir de las intendencias de Buenos Aires, Córdoba y Tucumán, las cuales se fueron desgajando en las provincias que hoy conocemos.²

A partir de 1820, con excepción de la Constitución unitaria de 1826, la organización de la administración de justicia quedó reservada a cada provincia. Se terminó con la estructura de intendencias, quedando todas las circunscripciones con el mismo rango como provincias autónomas. Todas las provincias adoptaron para sus gobiernos la forma republicana y representativa, dividiendo las funciones del estado provincial en legislativa, ejecutiva y judicial (CARNOTA; MARANIELLO, 2008).

Al desaparecer las autoridades nacionales en 1820, y al asumir las provincias todos los poderes en cada jurisdicción, éstas introdujeron reformas judiciales para asegurar su independencia. Los cabildos fueron abolidos y con ellos la justicia capitular, tornándose necesario establecer juzgados para las causas civiles y criminales que no correspondieran a un fuero especial. Los jueces de primera instancia ocuparon el lugar de los alcaldes, mientras que para asuntos menores se establecieron jueces de paz en las parroquias. Las cuestiones comerciales eran entendidas en algunas provincias por juzgados comerciales creados al efecto, y en otras por jueces ordinarios. Los conflictos en materia de hacienda eran competencia del gobernador, pero las apelaciones se efectuaban

ante las cámaras de justicia. Asimismo, en cada provincia se estableció un tribunal superior de apelaciones y para los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, el gobernador creaba un tribunal especial para la causa que se disolvía una vez terminada la misma.

Se suprimió el fuero personal, salvo para las causas exclusivas sobre delitos de naturaleza militar o eclesiástica, que solo eran juzgados por los jueces de las respectivas jurisdicciones.

Sin embargo, el poder ejecutivo continuó interviniendo en las causas judiciales debido prioritariamente a que no todas las provincias podían mantener los jueces y tribunales que debían establecerse, sumada a la escasa actividad judicial en algunas de ellas, a la insuficiencia de abogados, y a que en muchas provincias el Poder Ejecutivo tenía, por ley, competencia en las apelaciones judiciales.

Si bien se tiene entendido que el *constitucionalismo* en la Argentina nace con el primer Reglamento de 1811, el cual deslindaba las atribuciones entre la Junta Conservadora y el Triunvirato, éste nunca llegó a aplicarse, porque el Triunvirato lo reemplazó por el Estatuto Provisional que aprobó el 22 de noviembre de 1811.

El mencionado Estatuto, en su artículo 5º disponía que la administración de justicia estuviese a cargo de las autoridades judiciales y que para resolver las apelaciones -llamadas en dicho momento "asuntos de segunda suplicación"-, se sumarían dos ciudadanos "de probidad y luces" (PROVINCIAS UNIDAS DEL RÍO DE LA PLATA, 1811).

Posteriormente, la Asamblea General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata en su sesión del 27 de febrero de 1813 aprobó el Estatuto del Supremo Poder Ejecutivo, mediante el cual se organizó dicho Poder y se fijaron sus facultades. En 1815 se

² Disponible en: <<http://www.mapadelestado.org.ar/item.aspx>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

sancionó un Estatuto provisional y otro en 1817, pero su sentido fue de regular el desorden del momento.

Luego de ello hubo dos intentos de Constituciones Argentinas. La primera fue sancionada en 1819 por el Congreso de Tucumán, el mismo Congreso que declaró la independencia Argentina. Era de carácter centralista, conservador, pro-monárquica y aristocratizante, por ello fue rechazada por las provincias y jamás se puso en práctica. El poder judicial sería ejercido por una *Alta Corte de Justicia* compuesta por siete jueces y dos fiscales designados por el director con noticia y consentimiento del Senado.

Tras este primer intento, en 1824 se convocó a un Congreso Constituyente, que, en 1826, sancionó una nueva constitución que fracasó como la primera. Fue rechazada por las provincias y no alcanzó a entrar en vigor. El Poder Judicial sería ejercido por una *Alta Corte de Justicia* -con 9 Jueces y 2 Fiscales- y los tribunales inferiores. También se establecía la inamovilidad de los Jueces y la no disminución de los sueldos.

Luego de varios intentos, el Congreso General Constituyente, realizado en 1853 en la ciudad de Santa Fe, sancionó la constitución que se encuentra vigente en la actualidad, con sus respectivas reformas.

La reforma más significativa fue en el año 1860 (ARGENTINA, 1860), debida a que la provincia de Buenos Aires, enfrentada a las demás provincias (1852-1859), no tuvo representantes en el Congreso, y recién en 1860 Buenos Aires conformó una Comisión Reformadora que propuso ciertas modificaciones que en su gran mayoría fueron aceptadas por las restantes provincias. La consideración del año de inicio de la Constitución Nacional es variada. Algunos doctrinarios consideran que se inició en 1853 por ser aprobada por la mayoría de las provincias; otros que se inició en 1860 cuando la República Argentina se conformó con todas sus provincias; y otra parte -que considero mejor se ajusta a la realidad- que el movimiento constitucional argentino pasó por una etapa de transición constitucional que fue desde 1853 hasta 1860.

El antiguo art. 91 de la Constitución Nacional de 1853 establecía:

El Poder Judicial de la Confederación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de nueve jueces y dos fiscales, que residirán en la Capital, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Confederación (ARGENTINA, 1853, p. 285).

A imagen y semejanza con la Constitución de Estados Unidos de 1787, el Poder Judicial Federal estará compuesto por el órgano superior denominado Corte Suprema de Justicia y los tribunales inferiores, cuyo número y distribuciones lo delega al Poder Legislativo Federal.

Además, estable un número taxativo de miembros de la Corte Suprema, la incorporación de 2 fiscales que actuaran ante la Corte Suprema y el lugar de asiento (la capital). Sin embargo, con la reforma constitucional de 1860 se eliminó dicha composición, dejando al arbitrio del Poder Legislativo a través de la ley respectiva la determinación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia.

3. La Corte Suprema de Justicia de la Nación³

3.1. Nacimiento

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se instaló el 15 de enero de 1863 y en septiembre del año siguiente comenzó a editar la colección de “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, que sigue publicándose actualmente.

En el año 1863, el entonces presidente de la Nación Bartolomé Mitre, designó a los siguientes miembros:

- Francisco de las Carreras (1863-1870),
- Salvador M. del Carril (1863-1877),
- Francisco Delgado (1863-1875),
- José Barros Pazos (1863-1877),
- José Benjamín Gorostiaga (1863-1868).

3.2. Designación de sus miembros

La designación de los ministros de la Corte es una atribución que le corresponde al Presidente de la Nación, con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado -en sesión pública convocada al efecto-, de conformidad con el art. 99 inc. 4 de la C.N..

En una medida de autolimitación del propio Poder Ejecutivo, reglamentó esta facultad por medio del decreto 222/2003 (ARGENTINA, 2003). Allí se regularon ciertos criterios para la selección del candidato propuesto. Entre ellos, dispone atender a las circunstancias relativas a la composición general de la Corte en cuanto a diversidades de género, especialidades profesionales e integración regional y federal, así como también a los requisitos atinentes a la integridad moral e idoneidad técnica y el compromiso con la democracia y la defensa de los derechos humanos que deben reunir los postulantes.

³ Disponible en: <<http://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/el-tribunal>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

Para ser juez de la Corte se requiere ser abogado, con un mínimo de ocho años de ejercicio en la profesión, una edad mínima de 30 años, y las demás calidades necesarias para ser senador (art. 111, C.N.), a las que se añaden las condiciones ya establecidas por el decreto 222/2003.

El procedimiento se inicia con la postulación efectuada por el Presidente de la República. Dicha nominación deberá ser publicada junto con sus antecedentes en un plazo máximo de 30 días de producida en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional durante tres días, así como en la página oficial del Ministerio de Justicia.

El postulante debe presentar una declaración jurada de sus bienes en los términos indicados en la ley de Ética de la Función Pública (ley 25.188) (ARGENTINA, 1999). Pondrá también de manifiesto ciertos aspectos de su desempeño profesional con las limitaciones que imponen las normas de ética vigentes. Todos los ciudadanos se encuentran facultados para presentar observaciones respecto de los candidatos, así como las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones profesionales, entidades académicas y de derechos humanos, quienes las hacen llegar al Ministerio de Justicia.

Finalmente, la propuesta es elevada al Senado de la Nación para su conformidad, que debe ser desarrollada a través de audiencias públicas. En caso de ser aceptada por el Senado de la Nación se devuelve al Poder Ejecutivo para su nombramiento mediante decreto presidencial.

3.3. Remoción

El artículo 110 de la C.N. consigna que los jueces de la Corte conservan su empleo mientras dure su buena conducta. El sistema constitucional argentino consagra, como garantías de la independencia del Poder Judicial -y por consiguiente, de la seguridad jurídica del pueblo de la República- la inamovilidad de los jueces y la irreductibilidad de sus remuneraciones. La reforma constitucional de 1994 introdujo una modificación al art. 99 de la C.N., por la cual será necesario un nuevo acuerdo para los magistrados -ya sean de la Corte Suprema o de tribunales inferiores- una vez que cumplan la edad de setenta y cinco (75) años. Dicho nombramiento se hará por cinco años y podrá ser repetido indefinidamente.

En cuanto a su remoción, de acuerdo con el art. 53 de la C.N., es la Cámara de Diputados la que ejerce el derecho de acusar ante el Senado a los miembros de la Corte Suprema por causas de mal desempeño, por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes, por voto de la mayoría de dos terceras partes de sus miembros

presentes. A su vez, el art. 59 de la C.N. establece que corresponde al Senado juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados. El fallo requiere también de dos tercios de la mayoría de los miembros presentes y tiene como único efecto la destitución del acusado al que puede declarar incapaz de ocupar empleo alguno de honor, de confianza o a sueldo en la Nación (art. 60, C.N.).

3.4. Composición de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación está conformada por un presidente y un vicepresidente. Estos serán elegidos por mayoría absoluta de votos de los ministros del Tribunal y durarán tres años en el ejercicio de sus funciones (art. 79 del Reglamento para la Justicia Nacional) (ARGENTINA, 1952).

El presidente de la Corte integra la línea de sucesión presidencial en caso de afección. Asimismo, presidirá la Cámara de Senadores en los casos en que la Cámara de Diputados formule acusación en juicio político al presidente de la República.

En lo que respecta a la composición y residencia de la Corte, la Constitución Nacional de 1853 (ARGENTINA, 1853) dispuso, en su artículo 91, que el Poder Judicial de la Nación sería ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Posteriormente, la reforma de 1860 (ARGENTINA, 1860) suprimió la residencia obligatoria en la Capital, como también lo referente a la cantidad de jueces, para que el Congreso fijara el número que considerara adecuado.

En 1862, la Ley Orgánica de la Justicia Federal (ARGENTINA, 1862) -Ley 27- determinó que la Corte estaría integrada por cinco miembros y un procurador general.

En 1960, por ley del Congreso de la Nación, se llevó a siete el número de jueces, hasta que en 1966 se volvió a la composición anterior de cinco jueces y un procurador general, integración que se mantuvo hasta 1990, cuando se elevó nuevamente el número a nueve (ley 23.774) (ARGENTINA, 1990).

La ley 26.183 (ARGENTINA, 2006b), aprobada en ambas Cámaras y promulgada el 15 de diciembre de 2006, dispuso la reducción del número de jueces de la Corte Suprema a cinco.

3.5. Funciones

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto tribunal de la República Argentina. Órgano máximo dentro de uno de los tres

poderes del Estado y su misión consiste en asegurar la supremacía de la Constitución, ser su intérprete final, custodiar los derechos y garantías en ella enunciados y participar en el gobierno de la República.

La Corte es un órgano de gobierno, y está a cargo del Poder Judicial de la Nación como instancia final en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Asimismo, la función de control que desempeña es la de un poder llamado a equilibrar el sistema político. Tiene como fin garantizar la eficacia en el logro del bien común, la legitimidad y juridicidad de la actuación estatal y la activa defensa de los derechos humanos (artículos 116 y 117 de la C.N.).

Además de las vías tradicionales de acceso a la Corte Suprema, como ser el Recurso Extraordinario, el Ordinario y la vía Originaria y Exclusiva, el Tribunal actúa en los siguientes ámbitos:

- Recursos directos por apelación denegada;
- Quejas por retardo de justicia;
- Cuestiones de competencia;
- Conflictos entre jueces y supuestos de privación de justicia;
- Avocaciones;
- Recurso de reconsideración, aclaratoria y reposición de sus propias decisiones;
- Recursos de apelación de las sanciones disciplinarias aplicadas a los magistrados por el Consejo de la Magistratura por cuestiones relacionadas con la eficaz prestación del servicio de justicia.

4. Tribunales federales inferiores

Luego de una serie de modificaciones constitucionales y legales, el Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los demás tribunales inferiores -art. 116 de la C.N.-, que serán establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación en función de la potestad prevista en el art. 75, inc. 20 de la C.N. (art. 108, C.N.) (ARGENTINA, 1994).

En uso de esa facultad, a partir de la ley 24.050 (ARGENTINA, 1992), el Congreso Nacional dispuso la división del territorio nacional en diecisiete (17) distritos judiciales federales:

1. Comodoro Rivadavia (incluye las provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego);
2. General Roca;
3. Bahía Blanca (provincia de Buenos Aires -1-);
4. Mendoza;
5. Córdoba (incluye la Provincia de La Rioja);

6. Tucumán (incluye las provincias de Santiago del Estero y de Catamarca);
7. Salta;
8. Resistencia (incluye la provincia de Formosa);
9. Corrientes;
10. Posadas;
11. Paraná;
12. Rosario;
13. Mar del Plata (provincia de Buenos Aires -2-);
14. Ciudad de Buenos Aires;
15. San Justo (provincia de Buenos Aires -3-)⁴;
16. La Plata (provincia de Buenos Aires -4-); y
17. San Martín (provincia de Buenos Aires -5-).

Como se puede ver, algunas jurisdicciones coinciden con la provincia a la que pertenecen, como es el caso de la jurisdicción de Paraná -que coincide territorialmente con la provincia de Entre Ríos, a la que pertenece-, mientras que otras abarcan varias provincias. Tal es el caso del distrito de Córdoba, que excede los límites políticos de la aludida provincia homónima e incluye también a la Provincia de La Rioja. Lo mismo ocurre con la jurisdicción de Tucumán, que incluye a la provincia homónima y se extiende y las provincias de Santiago del Estero y Catamarca.

Además, se puede observar que existen jurisdicciones que no coinciden con los límites políticos establecidos, sino que se encuentran agrupadas de tal manera por cuestiones de cercanía y conveniencia. La jurisdicción de Resistencia es un ejemplo de lo expuesto, porque abarca la totalidad de las provincias de Formosa y Chaco y el norte de la provincia de Santa Fe.

A su vez, las provincias con mayor densidad poblacional se encuentran divididas en múltiples jurisdicciones judiciales -la provincia de Buenos Aires es parte de las jurisdicciones de La Plata, San Martín, San Justo, Mar del Plata y el Este de la jurisdicción de Bahía Blanca-.

Por otra parte, se determinaron jurisdicciones territorialmente más extensas por motivos de la baja densidad poblacional. Tal es el caso de la jurisdicción de Comodoro Rivadavia, que se extiende sobre las provincias de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Cada uno de los diecisiete (17) distritos cuenta con diversos Juzgados Federales de Primera Instancia distribuidos en la extensión territorial.

⁴Si bien ya está aprobada su creación, incluso fueron nombrados todos los jueces de esta jurisdicción federal, aun no se ha puesto en funcionamiento, ni siquiera se encuentran creados los edificios donde irían a funcionar.

Aunque las competencias de estos juzgados federales no son iguales, pues dependen de la densidad de población y el grado de conflictividad, se desarrollaron diferentes modos de distribución de sus competencias. Por ejemplo, en la Ciudad de Buenos Aires y en el conurbano bonaerense, debido a la gran densidad poblacional se ha generado no sólo que el territorio se divida en una mayor cantidad de jurisdicciones, sino también que los juzgados federales allí establecidos tengan una competencia más específica según la materia en la que entienden: penal, electoral, civil, comercial, penal económicos, etc.

También existen con competencia exclusivamente penal y otros en cuestiones civiles y comerciales, como ser los de San Martín, Azul, Mar del Plata. Por el contrario, en las jurisdicciones con menor densidad poblacional, los juzgados federales suelen tener competencias federales múltiples (penal, civil, comercial, laboral, seguridad social, contencioso administrativo y electoral). Ejemplos de ello son los Juzgados Federales de Primera Instancia de Río Grande, de Caleta Olivia, de Dolores, de Paso de los Libres y de San Luis.

Ante cada juzgado federal, Cámara Federal o Tribunal Oral Federal intervienen dependencias del Ministerio Público Fiscal y de la Defensoría Pública Oficial. En materia penal, existe la Cámara Federal de Casación Penal constituida en la Capital Federal, que constituye el tribunal superior y que actúa como órgano revisor de las Cámaras Federales de Apelaciones y de las sentencias dictadas por los Tribunales Orales Federal en todo el país.

5. Consejo de la Magistratura de la Nación

La composición del Poder Judicial, es decir, Corte Suprema de Justicia de la Nación, los Tribunales Inferiores y el Ministerio Público (Fiscal y de la Defensa), no tuvo variación alguna hasta la reforma constitucional de 1994.

En dicha reforma constitucional, se crearon el Consejo de la Magistratura (art. 114, C.N.⁵) y el Jurado de Enjuiciamiento. Estos son

⁵“Artículo 114.- El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos

órganos políticos dentro del Poder Judicial. Por otro lado, el Ministerio Público se separó del Poder Judicial y se conformó como un Poder independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, según lo establecido por el artículo 120 de la C.N., aunque en la práctica no ha logrado en su completitud sus potestades constitucionales, siendo pseudo autónomo e independiente.

El Consejo de la Magistratura o Consejo de la Judicatura, son organismos que fueron creados en Europa (España, Italia, Francia, etc.) y seguidos por algunos países de América, tales como: Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y República Dominicana.

Es un órgano importante del Estado y del sistema de justicia de algunos países. Puede ser un organismo autónomo que si bien es un órgano estatal, no integra ninguno de los tres clásicos poderes del Estado; en otros países -como Argentina-, pertenece al Poder Judicial e incluso lo encabeza.

Su función principal es la de nombrar y ratificar a los jueces que imparten justicia, y a los fiscales del ministerio público; asimismo le corresponde al Consejo de la Magistratura procesar disciplinariamente a los jueces y fiscales, y, eventualmente, destituirlos.

En Argentina la elección de los jueces federales, a excepción de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia que sigan con el anterior sistema⁶- se inicia en el Consejo de la Magistratura, debiendo este organismo confeccionar las ternas de carácter vinculante de los candidatos para los tribunales inferiores del Poder judicial, para que luego sean designados por el Presidente de la Nación en acuerdo con el Senado.

El Consejo de la Magistratura tiene a su cargo también la administración del poder judicial, el control de la actividad de los jueces y la imposición de sanciones. En caso de causas graves es el organismo que abre el juicio político para resolver sobre la destitución de los jueces ante el Jurado de Enjuiciamiento⁷, ante el cual actúa como acusador.

y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia” (ARGENTINA, 1994, p. 20).

⁶Los designa el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado de la Nación, en sesión pública.

⁷“Artículo 115.- Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. Su fallo, que será

La Constitución Nacional, en su artículo 114, ordena que el Consejo de la Magistratura esté integrado de modo tal de mantener un equilibrio entre los poderes políticos electivos, los jueces y los abogados, y ordena también que se incluyan miembros provenientes del ámbito académico y científico. La actual ley 26.080 del año 2006 (ARGENTINA, 2006a), ha establecido que el Consejo está integrado por 13 miembros que proceden de seis ámbitos distintos (Poder Ejecutivo, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores, Jueces, Abogados, y Académicos). Existe un proyecto presentado por el Ministerio Público de la Nación, para aumentar el número de miembros y llevarlo a dieciséis (16), es decir, tres (3) integrantes más, dos (2) abogados de matrícula y un (1) representante más de los jueces. Con ello la idea es que la representación sea mayoritariamente no política.

Con relación al Jurado de Enjuiciamiento, actualmente, luego de la reforma de la ley 24.937 por la ley 26.080 la conformación pasó a estar integrada por siete miembros: dos jueces de cámara -uno por la Capital Federal y otro por el Interior del país-; dos diputados nacionales -uno por la mayoría y otro por la primera minoría-; dos senadores nacionales -uno por la mayoría y otro por la primera minoría-; y finalmente un abogado de la matrícula federal. Sus miembros resultan ser sorteados cada seis meses, dado que ese es el lapso de su mandato

6. A modo de reflexión final

El Poder Judicial de la Nación es ejercido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por los demás tribunales inferiores, establecidos por el Congreso en el territorio de la Nación en función de la potestad prevista en el art. 75, inc. 20 de la C.N. (art. 108, C.N.) (ARGENTINA, 1994).

En lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, está compuesto por cinco (5) Ministros, un (1) Fiscal General -que puede delegar a su vez dicha función en los fiscales generales adjuntos-. Los Ministros de la Corte eligen entre sus miembros a un presidente y a un vicepresidente. En cuanto a los tribunales inferiores, se ha dividido la justicia federal en diecisiete (17) distritos federales.

irrecurable, no tendrá más efecto que destituir al acusado. Pero la parte condenada quedará no obstante sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios. Corresponderá archivar las actuaciones y, en su caso, reponer al juez suspendido, si transcurrieren ciento ochenta días contados desde la decisión de abrir el procedimiento de remoción, sin que haya sido dictado el fallo. En la ley especial a que se refiere el Artículo 114, se determinará la integración y procedimiento de este jurado" (ARGENTINA, 1994, p. 20).

Sin embargo, a medida que fue aumentando la litigiosidad en estas jurisdicciones, se han ido creando nuevos juzgados federales de primera instancia, a fin de satisfacer la demanda por el servicio de justicia. Así, se crearon por ley nuevos juzgados en la ciudad de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, en Oberá, provincia de Misiones, en San Justo, provincia de Buenos Aires, en Santiago del Estero, en Venado Tuerto.

En materia penal, existe una Cámara de Casación Penal Federal que es cámara de revisión de las Cámaras de Apelaciones Federales de cada distrito y los Tribunales Orales.

Con la reforma constitucional de 1994, al Poder Judicial se le incorporaron dos organismos: el Consejo de la Magistratura (art. 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (art. 115). Estos son los encargados de la administración del Poder Judicial; de elegir a los jueces a través de la elaboración de una terna de candidatos por cada vacante federal que haya para cubrir; de controlar su actuación y, de corresponder, iniciar juicio político.

En dicha reforma el Ministerio Público ya no forma parte del Poder Judicial, según lo regulado por el artículo 120, siendo un organismo con pseudo-autonomía e independencia.

Por otro lado, en cuanto a la competencia federal, si bien se presentan casos en los cuales las normas establecen en forma clara y unívoca quién debe intervenir, en otros no sucede lo mismo. No hay en el ordenamiento jurídico una enumeración completa. Por ello, en muchos casos, la determinación de la competencia federal consiste en una tarea casuística, que requiere la valoración de los particulares elementos del caso con aplicación de las reglas y normas de competencia señaladas con anterioridad; sin que pueda dejarse de lado el fundamento histórico-político que sustenta la distinción entre tribunales federales y ordinarios: el federalismo.

Por todo ello, producto seguramente de las modificaciones y alteraciones, sin un plan sistemático y orgánico, observamos sin necesidad de realizar un estudio exhaustivo de ello, un Poder Judicial Federal muy colapsado de causas -dato empírico de la realidad-. Sumado a la mala imagen que exhibe ante la ciudadanía, y la globalización de los derechos y acciones, necesitamos desarrollar cambios para preparar al Poder Judicial para el siglo XXI. Para ello debemos estudiar sus orígenes, sus modificaciones y avances, y fijar las bases para la elaboración de cambios significativos para un nuevo Poder Judicial.

Entre los cambios necesarios, podemos proponer, la modernización en los procesos (mediante la utilización de las nuevas tecnologías); la reducción de los tiempos procesales; la conversión del sistema escrito por uno oral; la reducción de los miembros políticos en el Consejo de

la Magistratura; mayor acceso a la justicia; una correcta y adecuada cercanía de los jueces con la ciudadanía -erradicar para siempre “que los jueces deben hablar a través de sus sentencias” - , que la decisión, en el proceso de selección de los jueces, sea menos política y más técnica y, finalmente, que exista una verdadera independencia del Poder Judicial frente a los restantes poderes del Estado.

Sobre o autor

Patricio Maraniello é juiz do *Juzgado Nro. 5 Civil y Comercial*, Argentina; presidente da *Asociacion Argentina de Justicia Constitucional* e vice-presidente da *Asociacion Mundial de Justicia Constitucional*.

E-mail: pmaraniello@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês

THE ARGENTINE FEDERAL JUDICIAL POWER: HISTORY, EVOLUTION AND PERSPECTIVE

ABSTRACT: The Judicial Power of the Nation is exercised by the Supreme Court of Justice of the Nation and by the other lower courts, established by the Congress in the territory of the Nation according to the power provided for in art. 75, inc. 20 of the C.N.. With the constitutional reform of 1994, the Judicial Branch was incorporated two bodies: the Council of the Magistracy (Article 114) and the Jury of Prosecution (Article 115). These are the ones in charge of the administration of the Judicial Power; to elect the judges through the preparation of a short list of candidates for each federal vacancy to cover; to control their actions and, if applicable, start impeachment. Product surely of the modifications and alterations, without a systematic and organic plan, we observed, without needing to realize an exhaustive study of it, a Federal Judicial Power very collapsed of causes – empirical data of the reality.

KEYWORDS: FEDERAL JUDICIAL POWER. SUPREME COURT OF JUSTICE. LOWER FEDERAL COURTS.

Como citar este artigo

(ABNT)

MARANIELLO, Patricio. El poder judicial federal argentino: historia, evolución y perspectiva. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, n. 218, p. 13-31, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p13>.

(APA)

Maraniello, P. (2018). El poder judicial federal argentino: historia, evolución y perspectiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 13-31. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p13

Referências

ARGENTINA. *Constitución de la Confederación Argentina de 1853*. [Ciudad de Santa Fe: s.n., 1853]. Disponible en: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar147es.pdf>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Constitución [de la Confederación Argentina] de 1853 con reformas de 1860*. [Ciudad de Santa Fe: s.n., 1860]. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/18.pdf>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 27, de 13 de octubre de 1862*. Ampliase el número de jueces que la integran. Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial. [S.l.: s.n.], 1862. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/175/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Acordada [de] 17 de diciembre de 1952*. [S.l.: s.n.], 1952. Disponible en: <<http://www.cpacf.org.ar/jurisylegis/leyes/REglamento%20para%20la%20Justicia.pdf>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 48, de 25 de agosto de 1963*. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales. [S.l.: s.n.], 1963. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 23.774, de 5 de abril de 1990*. Organización de la Justicia Nacional. *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 16 abr. 1990. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116333/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 24.050, de 6 de diciembre de 1991*. Competencia Penal. Integración. Distritos Judiciales. Zonas Judiciales de la Capital Federal. Cámara Federal de Casación Penal... *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 7 enero 1992. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/449/texact.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Constitución de la Nación Argentina de 1994*. *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 23 agosto 1994. Disponible en: <<http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/985/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Naci%C3%B3n%20Argentina.pdf>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 25.188, de 29 de septiembre de 1999*. Deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías... *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 1º nov. 1999. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60847/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Decreto nº 222, de 19 de junio de 2003*. Procedimiento para el ejercicio de la facultad que el inciso 4 del artículo 99 de la Constitución de la Nación Argentina le confiere al Presidente de la Nación... *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 20 jun. 2003. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/86247/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. *Ley nº 26.080, de 22 de febrero de 2006*. Modificase la Ley nº 24.937 - t.o. por Decreto nº 816/99 y sus modificatorios. *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 27 feb. 2006a. Disponible en:

<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114258/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. Ley n° 26.183, de 29 de noviembre de 2006. Reducción del número de Jueces que la integran. Disposición Transitoria. *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 18 dic. 2006b. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123154/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

_____. Ley n° 26.790, de 14 de noviembre de 2012. Recurso Extraordinario por salto de Instancia. Incorporáanse artículos 257 bis y 257 ter. *Boletín Oficial*, Buenos Aires, 4 dic. 2012. Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/205495/norma.htm>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

BORINSKY, Mariano. La justicia federal argentina: organización y funcionamiento. *Infobae*, [S.l.], 9 ago. 2016. Disponible en: <<https://www.infobae.com/opinion/2016/08/09/la-justicia-federal-argentina-organizacion-y-funcionamiento/>>. Accedido en: 18 mayo 2018.

CARNOTA, Walter F.; MARANIELLO, Patricio A. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

PROVINCIAS UNIDAS DEL RÍO DE LA PLATA. *Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata a nombre del Sr. D. Fernando VII*. Buenos Ayres: Imprenta de los Niños Expósitos, 1811. Disponible en: <http://www.argentinahistorica.com.ar/intro_archivo.php?tema=8&titulo=10&subtitulo=17&doc=72>. Accedido en: 18 mayo 2018.

Segurança pública e análise econômica do crime

O desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil

TIAGO IVO ODON

Resumo: O estudo faz uma revisão da literatura sobre análise econômica do crime e, com base nela, oferece caminhos para o desenho de uma política de segurança pública para o Brasil. Aborda alguns modelos de análise e reúne as evidências que a literatura especializada tem encontrado da influência de algumas variáveis sobre a criminalidade, como aprisionamento, policiamento, desigualdade de renda, salário, educação, demografia, entre outras. Diante do estado de restrição fiscal em que o Brasil se encontra atualmente, é fundamental ver as políticas de combate ao crime sob a perspectiva da alocação eficiente de recursos. Políticas públicas com maior potencial de impacto sobre a criminalidade devem ser priorizadas, uma vez que otimizam o uso dos recursos orçamentários, minimizam o custo social e potencializam os benefícios no longo prazo.

Palavras-chave: Segurança pública. Análise econômica do crime. Eficiência. Política pública.

1. Introdução

Além da rigidez orçamentária imposta pela legislação e diante do estado de restrição fiscal em que o Brasil se encontra atualmente, é fundamental ver as políticas de combate ao crime sob a perspectiva da alocação eficiente de recursos. A teoria econômica do crime e as pesquisas dela derivadas têm apontado caminhos para a distribuição ótima de recursos e de punição com o fim de se garantir o cumprimento das leis. Os dados oferecidos por essa literatura mostram que a segurança pública

Recebido em 6/2/18
Aprovado em 27/3/18

precisa de eficiência intertemporal (de longo prazo), o que significa, em outras palavras, que precisa ser pensada estrategicamente. Soluções de curto prazo desperdiçam recursos.

Uma alocação eficiente de recursos é aquela em que os benefícios compensam os custos, e esses custos são os menores possíveis (mínimo de desperdício). Em outras palavras, fazer segurança pública é alocar bem os recursos orçamentários disponíveis. As perguntas importantes tornam-se estas: onde alocá-los? O que deve ser priorizado? Como fazer mais com o pouco que se tem? Como tirar o máximo de cada real disponível?

Há um custo para reduzir a criminalidade em razão dos recursos humanos e materiais que precisam ser empregados. O combate eficiente ao crime depende do custo de capturar e de condenar criminosos, da natureza da punição e das respostas desses criminosos a mudanças na forma de combate do Estado.

2. O modelo de crime de Becker

A busca por respostas para entender como o crime reage a intervenções políticas tem levado juristas e economistas ao modelo econômico do crime proposto originalmente por Gary Becker em 1968. Becker, retomando alguns pontos já levantados por Beccaria e Bentham nos séculos XVIII e XIX, buscou analisar que *quantidades ótimas* de recursos e de punição devem ser adotadas para se garantir o cumprimento das leis, dados os possíveis custos sociais relacionados com as estratégias de combate ao crime.

O objetivo da sociedade é minimizar os danos causados pelo crime dissuadindo os indivíduos, a um nível ótimo, de cometerem crimes, o que dependerá da forma como os agentes políticos alocam e usam os recursos públicos.

Para Becker (1968), decisões ótimas são aquelas que minimizam a perda social ocasionada pela criminalidade (no caso brasileiro, de 5,9% do PIB, conforme Cerqueira (2017)). A principal contribuição do artigo de Becker é mostrar que políticas de combate ao crime podem ser analisadas como alocação ótima de recursos.

Faremos uma breve exposição do modelo de Becker e, no decorrer deste artigo, de outros derivados dele, propostos por outros autores.

Para analisar a eficiência no combate ao crime, Becker aplica a teoria da escolha racional desenvolvida na ciência econômica: um crime é cometido se o benefício esperado pelo agente com essa ação for maior que o de outras atividades – ou seja, se lhe proporcionar uma “renda”,

um montante superior em relação ao melhor uso alternativo que possa fazer dos recursos de que dispõe (habilidades, tempo, equipamentos etc.). Portanto, do ponto de vista econômico, a diferença entre um criminoso e um cidadão de bem residiria apenas nas distintas percepções de custos e de benefícios do delito para cada um.

Em relação à oferta de crimes, Becker (1968) elenca fatores que explicariam o número de atos criminosos cometidos por um indivíduo: a probabilidade de sua detenção (PD); a severidade da punição, caso detido (SP); a renda disponível para ele caso desenvolvesse atividades lícitas; a renda em outras atividades ilícitas; a frequência de prisões; e a propensão ao risco. Por sua vez, essas variáveis seriam funções de outras, tais como inteligência, idade, educação, histórico criminal, riqueza, criação familiar. De todas essas variáveis, PD e SP são apontadas como as mais relevantes para a opção pelo crime e a escolha dos crimes a serem cometidos.

Becker (1968) propôs um modelo simples de utilidade esperada para o comportamento criminoso. De acordo com o modelo, a oferta agregada de crimes na sociedade vai depender tanto de investimentos feitos no mercado de trabalho quanto no sistema penal (policia-mento, tribunais e prisões), de forma que aumentem o custo relativo do tempo gasto em atividades ilegais.

O custo esperado de se cometer um crime é uma função da probabilidade de o criminoso ser detido (PD) e da severidade da punição após ser detido (SP). Assim, o indivíduo se encontra diante de três resultados possíveis antes de decidir cometer um crime, os quais oferecem diferentes níveis de utilidade: 1) a utilidade associada à escolha de se abster de cometer o crime; 2) a utilidade associada à escolha pelo crime de que não resulta detenção; 3) a utili-

dade associada à escolha pelo crime de que resulta detenção e punição. O indivíduo decidirá pelo crime se a utilidade esperada exceder a utilidade de abstenção.

Muitas variáveis atuam para essa decisão: a produtividade da polícia, a celeridade dos tribunais, as condições físicas das prisões, a duração da pena, o nível salarial no mercado legal, oportunidades de emprego etc.

Isso posto, a *dissuasão* se torna uma variável importante para a elaboração de uma política pública de segurança. Pessoas que são dissuadidas a não cometer crimes não precisam ser identificadas, capturadas, processadas, sentenciadas ou encarceradas. Há vários canais de dissuasão. As pessoas podem ser dissuadidas tanto por oportunidades de emprego disponíveis ou maiores salários quanto por maior policiamento nas ruas ou penas mais duras.

Conforme Becker (1968), PD é mais efetiva se o indivíduo não é averso ao risco. Se é, SP é mais efetiva. Se o indivíduo é neutro ao risco, PD e SP são igualmente efetivas.

Ehrlich (1973) testou empiricamente o modelo de Becker e chegou às mesmas conclusões: sejam crimes contra o patrimônio ou crimes contra a pessoa, o comportamento do criminoso é sensível a mudanças em PD e SP.

Desde os trabalhos de Becker (1968) e Ehrlich (1973), entre outros, diversas variáveis socioeconômicas têm sido testadas na investigação empírica do crime, como renda, taxa de desemprego, nível de escolaridade, pobreza, desigualdade de renda, entre outras. Contudo, não tem sido fácil evidenciar o verdadeiro canal pelo qual algumas dessas variáveis promovem o crime, uma vez que ainda não há um consenso quanto ao efeito da maioria delas.

Além disso, o primeiro problema para se investigar a criminalidade ocorre pela pouca disponibilidade de informações confiáveis. Os dados oficiais existentes, especialmente os re-

gistros policiais, são apenas estimativas subestimadas dos crimes ocorridos, devido às altas taxas de sub-registro de crimes¹.

A literatura brasileira apresenta controvérsias no tocante à existência dos efeitos de dissuasão sobre o comportamento criminoso. Não obstante, revisão de literatura feita por Pessoa (2017) e Santos e Kassouf (2008) observa que a maioria dos estudos tem encontrado uma relação negativa (mais dissuasão menos crimes), como previsto pelo modelo teórico de Becker. A literatura internacional também tem apontado para essa correlação negativa (DURLAUF; NAGIN, 2011; CHALFIN; MCCRARY, 2017).

3. O efeito inercial do crime

Uma característica relevante que precisa ser levada em consideração para a elaboração de uma política pública de segurança é o efeito inercial do crime. Há fortes evidências de sujeição da criminalidade aos efeitos de inércia, pela qual parte da criminalidade de um período é transferida para outro.

Uma justificativa para a ocorrência de inércia é que, semelhantemente ao caso de atividades legais, há uma especialização da atividade criminosa implicando aumentos de produtividade também em atividades ilegais. Existe ainda o fato de que há maiores incentivos à entrada no crime devido à falta de solução dos crimes e consequente impunidade dos culpados. Ou seja, custos de oportunidade favoráveis hoje implicam mais crimes amanhã.

Em 2011, a Associação Brasileira de Criminalística estimou que somente de 5% a 8% dos homicídios no Brasil eram solucionados². Nesse

¹ As condições socioeconômicas das vítimas e sua percepção da eficiência das autoridades de polícia e justiça podem determinar parcialmente o seu comportamento de registrar ou não uma vitimização. Baseados nisso, Santos e Kassouf (2008) deduzem que, se houver, por exemplo, variações no nível de escolaridade de determinada região, no nível de renda ou nos gastos com segurança pública com reflexos na eficiência das instituições de prevenção e repressão à criminalidade, poderão ocorrer variações na taxa de sub-registro de crimes. Portanto, a hipótese de que a taxa de sub-registro é estável ao longo do tempo seria, no mínimo, forte.

² Há grave deficiência de dados para se chegar a um número seguro. Na pesquisa *Onde mora a impunidade?: porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios*, de 2017, o Instituto Sou da Paz, com o fim de elaborar o Indicador Nacional de Esclarecimento de Homicídios, solicitou aos estados que informassem seus respectivos indicadores. Apenas 6 estados enviaram, e os números são preocupantes: Pará, 4,3% de homicídios denunciados; Rio de Janeiro, 11,8%; Espírito Santo, 20,1%; Rondônia, 24,6%; São Paulo, 38,6%; e Mato Grosso do Sul, 55,2%. Segundo a pesquisa, as baixas taxas de esclarecimento de homicídio e a demora excessiva no processamento dos casos são atribuídas à preponderância de investimentos públicos no policiamento ostensivo, à escassez de servidores nas polícias civis e técnico-científicas e condições ruins de trabalho, que desembocam na precariedade de procedimentos técnico-periciais-chave, tais como

sentido, parte da criminalidade atual é transferida para o futuro, o que torna mais difícil o seu combate, reforçando a necessidade de se constituírem políticas de segurança pública de longo prazo.

Criminosos potenciais também são influenciados pelo comportamento criminoso de outros. Uma maior taxa de crime hoje em qualquer área está associada a mais crimes amanhã. Conforme estudo de Jacob, Lefgren e Moretti (2007), 10% de aumento do crime violento em uma cidade em uma semana está associado a 1,6% de mais violência na semana seguinte. Essa correlação para crimes patrimoniais é ainda maior: 10% a mais de crimes contra a propriedade em uma semana está associado a 3,1% a mais na semana seguinte. Imitação e vingança são dois vetores apontados como multiplicadores sociais da violência no curto prazo, daí a recomendação por boa parte da literatura especializada de estratégias policiais que focam determinadas áreas e determinados períodos de tempo, para conter essas espirais de criminalidade.

4. Interação social e equilíbrio

A sociologia trouxe outra variável importante para o estudo do crime: as redes sociais de relacionamentos e do território onde a pessoa reside e trabalha – ou seja, o ambiente social. As teorias sociológicas destacam a influência do grupo (étnico, territorial, profissional etc.) sobre a formação dos fatores de produção do indivíduo – sua capacidade de produzir renda. Por influência do meio, jovens abandonam a escola, ou assumem outras escolhas, como maternidade precoce, roubo, tráfico ou consumo de drogas. Tais decisões, que geram impactos indiretos na renda futura e efeitos diretos em seu bem-estar, são influenciadas pelas redes de interação das quais o indivíduo faz parte, e geram *feedback* negativo para essas redes, retroalimentando o processo de formação de guetos e de manchas de pobreza. O que vale para a pobreza também vale para a riqueza (SUTHERLAND, 2015).

O estudo de Glaeser, Sacerdote e Scheinkman (1996) testou empiricamente, como variável, as redes sociais de relacionamento e confirmou sua influência no comportamento criminoso. Tomando o tamanho de redes influentes como medida de interação social em cidades dos EUA, os autores observaram que a interação social produz pouca influência em homicídios e estupros e influência significativa em crimes contra o

a delimitação, isolamento e preservação dos locais de crime. Em sua grande maioria, as investigações de homicídios acabam se baseando prioritariamente em indícios testemunhais e apresentando caráter cartorial. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/index_isdp_web.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2018.

patrimônio. O estudo conclui ainda que a interação social entre criminosos jovens é maior.

O estudo também sugere que as interações sociais entre criminosos são maiores quando vivem em famílias desestruturadas. A presença de famílias estáveis interfere nas escolhas dos indivíduos. Outros estudos também sublinham a importância do ambiente familiar.³

De forma geral, as pesquisas apontam que indivíduos possuidores de determinadas características (como baixa escolaridade, família desestruturada) incorrem em um custo de oportunidade mais elevado ao se envolverem em determinados tipos de comportamento (maior custo para deixarem o crime).

A sociedade, vista como uma grande estrutura de incentivos e de relacionamentos e trocas, alcança alguns equilíbrios que favorecem ou desfavorecem o crime. Vários modelos propostos pela literatura explicam por que cidades com características parecidas podem apresentar níveis de criminalidade distintos. Um número alto de criminosos congestionam o mecanismo de persecução penal. A polícia não pode prender mais do que um determinado número de criminosos (as vagas do sistema são fixas); portanto, se há muito crime, a probabilidade de ser preso cai. Quando isso acontece, cai o custo de ser criminoso. Dois equilíbrios básicos podem resultar: um equilíbrio com altas taxas de crime e baixa probabilidade de prisão, e outro equilíbrio com baixas taxas de crime e alta probabilidade de prisão.

Outra perspectiva desse modelo básico olha para o efeito de altas taxas de criminalidade sobre as atividades legais. Na medida em que o número de criminosos sobe, os retornos obtidos por não ser um criminoso caem porque a renda obtida legalmente é expropri-

ada pelos criminosos. Assim, dois equilíbrios básicos podem resultar. No primeiro, os indivíduos primeiro buscam atividades legais e o retorno dessas atividades é alto. No segundo equilíbrio, os indivíduos expropriam renda dos trabalhadores legais, fazendo o retorno das atividades legais cair e induzindo tais trabalhadores a preferirem o crime⁴.

Esse tipo de modelo chama a atenção para a necessidade de lideranças políticas éticas e fortes, que desestimulem uma cultura de crime. Ações adotadas por um agente reforça incentivos para outros adotarem ações semelhantes. Assim, áreas com alta taxa de criminalidade não apenas denunciam políticas públicas deficientes, mas também liderança política deficiente.

Modelos alternativos olham para o equilíbrio gerado quando não criminosos (cidadãos comuns, agentes públicos) estão decidindo, com seus votos, a quantidade de recursos que deve ser investida em prevenção do crime. Na medida em que o número de não criminosos cai, a quantidade de recursos alocados para a prevenção também cai, e uma cultura de ilícitos se afirma, o que torna mais atrativa a opção pela vida do crime. Na medida em que o número de criminosos sobe, o estigma social que envolve o crime arrefece, e o criminoso médio se torna um membro “normal” da sociedade, o que também estimula o crime. Isso pode gerar círculos viciosos. Por exemplo, quando empregadores evitam contratar trabalhadores oriundos de áreas com altas taxas de criminalidade. A queda de oportunidades de trabalho reduz o custo do crime e aumenta a quantidade de criminosos nessas áreas (GLAESER; SACERDOTE; SCHEINKMAN, 1996).

³ Conferir levantamento feito por Sachsida e Mendonça (2013).

⁴ Aqui o crime é visto como *rent-seeking*: busca de renda que não seria possível obter com o melhor uso alternativo dos fatores de produção de que o indivíduo dispõe (trabalho, capital, terra).

5. Probabilidade de detenção (PD) x severidade da punição (SP)

Conforme exposto no modelo de Becker (1968), seria desejável aumentar a PD e a SP como forma de reduzir o número de crimes. No entanto, há um custo associado à elevação dessas variáveis. Esse custo pode não compensar o benefício social obtido com a queda no número de crimes, pois implica subtração de recursos de outras áreas importantes. Portanto, seria preciso encontrar um nível ótimo de PD e SP por meio da minimização de uma função de perda social. Como resultado da sua minimização, Becker mostra que o custo marginal de diminuir a criminalidade por meio de um aumento na PD é menor que o da mudança na SP.

Becker percebeu que, para crimes graves (homicídio, estupro, roubo, furto e esbulho) nos EUA, o comportamento do criminoso é mais sensível a mudanças na PD do que na SP.

Conforme esse modelo, em países em que há dificuldade de captura e de detenção de criminosos por conta do custo desses procedimentos, como é o caso do Brasil – baixo nível de resolução de crimes, falta de inteligência e planejamento policial, efetivos policiais em queda, falta de dados claros e padronizados, polícias disputando poder, falta de clareza de competências, tribunais congestionados, prisões superlotadas etc. –, existe uma *tendência a aumentar a SP como forma de compensação* (com a tipificação de novos crimes, aumento de penas, regras mais rigorosas para progressão de regime etc.). É o que o Congresso Nacional tem feito.

Sabe-se que um aumento da PD exige mais policiais, mais armas e equipamentos, estatísticas de qualidade, julgamentos mais rápidos e mais prisões. Esse custo tem feito os agentes políticos deixarem a PD em um nível baixo, ao mesmo tempo que se mantém a expectativa de

punição esperada constante através da elevação da SP. Há efeitos colaterais para essa estratégia: a inflação legislativa em matéria penal apenas tem servido para acentuar as distorções e a seletividade do sistema.

Se o objetivo social fosse minimizar totalmente o número de crimes, dever-se-ia elevar a probabilidade de detenção para 100% (PD) e aumentar a severidade da punição acima do benefício do delito (SP). O Brasil tem feito o dever de casa em relação a esse último aspecto (as penas privativas de liberdade são altas no geral, a multa pode ser triplicada e a fiança aumentada em 1.000 vezes em razão da condição econômica do réu, a pena de perda de bens e valores pode chegar ao montante do provento obtido com o crime, crimes mais graves têm regras mais rigorosas de progressão de regime e livramento condicional etc.). Contudo, antes é necessário identificar e deter o criminoso e sentenciá-lo. Nesse aspecto, o Brasil não tem feito o dever de casa.

A análise de Becker (1968) mostra que algumas políticas públicas de combate ao crime são compatíveis com as escolhas sociais ótimas. Por exemplo, nos EUA, crimes mais danosos são punidos mais severamente, e a sensibilidade (elasticidade) da resposta de criminosos a mudanças na PD tem excedido a resposta à SP.

6. Outros modelos de crime

Davis (1988) buscou aprimorar o modelo de Becker adicionando o fator tempo entre o proveito do crime e a punição, como um “desconto” na PD/SP (os benefícios do crime são gozados pelo seu autor até o recebimento de fato da punição), e concluiu que, independentemente da atitude do criminoso em relação ao risco, um aumento na PD o afeta mais do que uma elevação da SP.

McCrary (2010) também buscou tornar o modelo de Becker mais dinâmico ao incluir as preferências de tempo do indivíduo: pessoas com horizonte temporal mais curto tendem a ser mais sensíveis a mudanças em PD do que em SP.

Algumas variáveis podem influenciar nisso, como idade, escolaridade, uso de drogas, e até a taxa de juros na economia⁵. Estudo recente aponta que a pobreza é outra variável importante nesse aspecto⁶.

São considerações importantes quando se observam os custos envolvidos em estratégias políticas de controle do crime. Por exemplo, um parlamentar pode estar em dúvida se apoia um projeto de lei para aumentar a pena de determinados crimes ou se apoia um projeto que prevê contratação de mais policiais para áreas geográficas críticas. O voto pelo aumento de pena implica custos correntes baixos e custos futuros altos, ao passo que o voto pelo policiamento implica custos correntes altos e custos futuros mais baixos.

O modelo de McCrary alerta para a dificuldade em se controlar, via SP, o envolvimento criminal de pessoas com horizontes temporais curtos. Dadas as características socioeconômicas do Brasil (pobreza intergeracional⁷, juros

altos, carga tributária alta, educação pública de baixa qualidade etc.), o alerta é importante.

Outras questões que precisam ser levadas em consideração são: a substituição intertemporal da atividade criminal (carregamento do crime de um espaço para outro ou de um período para outro, o que tem a ver com fatores de dissuasão disponíveis no tempo-espaço) e a acumulação de capital humano, tanto criminal quanto legal (variável que pode ser alimentada, para o bem ou para o mal, pela taxa de criminalidade na sociedade, pela atuação de facções criminosas nos presídios, pelas oportunidades no mercado de trabalho, pela oferta de serviços públicos de qualidade pelo Estado, como educação etc.). Essas questões podem levar a diferenças entre resultados de curto ou longo prazo na redução da criminalidade de políticas de segurança pública (JACOB; LEFGREN; MORETTI, 2007).

Em outras palavras, conforme os modelos de Davis (1988) e McCrary (2010), a *celeridade* da resposta estatal é fundamental para influenciar o comportamento criminoso, ao lado da probabilidade da detenção e da severidade da punição.

Há estudos que encontram robusta evidência de correlação entre prisões mais frequentes e maior percepção de detenção por parte do criminoso. Há maior sensibilidade ao risco daqueles indivíduos que foram mais vezes presos em relação aos que foram menos vezes presos. A experiência de companheiros também influencia nessa percepção (rede social). Contudo, e aqui se reforça o alerta do modelo de McCrary, a literatura também encontra que o valor da dissuasão via PD declina gradativa-

⁵Conforme observou Okun (2015), famílias de baixa renda enfrentam taxas de juros mais altas do que o cidadão médio. E se não conseguem crédito, equivale a dizer que a taxa de juros é infinita. Essa situação alimenta uma “orientação para o presente” das classes mais baixas.

⁶Conforme estudo de Mullainathan e Shafir (2016), a pobreza taxa a mente. Os pobres têm uma capacidade produtiva menor do que aquela dos mais ricos em razão de suas mentes (recursos mentais disponíveis) estarem ocupadas com problemas que merecem atenção presente (a conta que precisa ser paga, o filho que não foi matriculado na escola etc.). A mente é capturada pela escassez, o que afeta a inteligência (capacidade de resolver problemas) e a produtividade.

⁷Os dados apontam para a existência de uma “armadilha de pobreza” intergeracional no Brasil. A pesquisa de amostras domiciliares de 2014 feita pelo IBGE, quando comparada com a mesma pesquisa de 1996, mostra a semelhança preocupante dos padrões. Olhando-se para

a renda dos pais e dos filhos, encontra-se que o perfil de transmissão de renda laboral entre gerações pouco mudou. Os pobres de hoje são os filhos de pobres de ontem, o que é um sintoma de que o Brasil continua um país caracterizado pela desigualdade de oportunidades (FERREIRA, 2017).

mente com a experiência, o que reforça a necessidade de o Estado ser rápido e interceptar o criminoso no início de sua carreira criminosa. Nesse sentido, recomendar-se-ia um *trade off* ótimo entre policiamento e prisões com o fim de maximizar a percepção *atual* de risco do criminoso (CHALFIN; MCCRARY, 2017).

Outro modelo que merece ser mencionado é o proposto por Durlauf e Nagin (2011). Trabalhando com as duas variáveis – SP (referente à duração das penas) e PD –, propõem um modelo que leva às seguintes implicações teóricas: o efeito dissuasório de uma mudança na PD depende do nível da SP e, reciprocamente, o efeito dissuasório de uma mudança na SP depende do nível da PD.

Como apoio, citam, por exemplo, o estudo de Helland e Tabarrok (2007) sobre a “lei de três ataques” (*three-strikes law*). Boa parte dos estados norte-americanos tem leis de *three-strikes*, que variam entre si. O objetivo é punir severamente o criminoso habitual. Assim, basicamente, após cometer dois crimes graves, a terceira condenação implicará prisão perpétua. O referido estudo comparou o comportamento futuro de condenados por dois crimes graves (elegíveis para os efeitos da lei) com o comportamento de condenados por um crime grave, e observou que a taxa de aprisionamento do primeiro grupo foi 20% mais baixa.

Oportuno citar estudo de Levitt (1998), que encontrou evidências em favor do poder dissuasório de SP, ao verificar que a criminalidade adolescente é sensível a mudanças na severidade da punição. Encontrou mudanças expressivas na criminalidade associadas à transição do regime juvenil para o regime adulto de punição. No ano seguinte ao atingimento da maioridade penal, computando-se a quantidade de prisões por determinados crimes e a quantidade de ocorrências reportadas para esses crimes, encontrou-se que estados americanos que punem mais severamente o crime adulto em relação ao crime juvenil viram a taxa de crimes violentos cair 25%, e a de crimes patrimoniais, entre 10 e 15%. Mudanças na severidade da punição teriam respondido por aproximadamente 60% da diferença da taxa de criminalidade violenta entre adolescentes e adultos entre 1978 e 1993. Levitt encontrou efeitos semelhantes em outro estudo, sobre uma medida legislativa de 1982 que aumentou expressivamente a pena para determinados crimes. Crimes elegíveis caíram entre 4% e 8% após a medida⁸.

Não obstante, Durlauf e Nagin (2011) reconhecem que a pesquisa empírica tem apontado que o efeito dissuasório da certeza é maior do que o da severidade, em sintonia com os outros modelos citados. O

⁸ Por outro lado, a revisão de literatura feita por Chalfin e McCrary (2017) encontrou pouco apoio empírico para a força dissuasória da pena de morte.

mesmo estudo de Helland e Tabarrok (2007), ao fazer uma análise de custo-benefício, observou que os benefícios com a redução do crime não compensam o custo agregado do aumento do aprisionamento que a lei dos *three-strikes* gera. Assim, os autores consideram que os benefícios seriam maiores se o investimento financeiro fosse feito em policiamento, com o fim de aumentar a PD.

Por outro lado, a má atuação da polícia tem efeitos criminogênicos. Durlauf e Nagin (2011) citam estudo sobre as consequências de um incidente em Cincinnati - Ohio, quando um policial branco atirou e matou um suspeito afro-americano desarmado. O incidente foi seguido de três dias de manifestações, atenção da mídia e indiciamento do policial. Esses eventos criaram um incentivo para os policiais da cidade, preocupados com acusações de racismo, evitarem prisão de pessoas por crimes menores em comunidades com grande proporção de afro-americanos. Foi constatado declínio da produtividade policial nessas áreas e aumento substancial de criminalidade após o incidente.

Durlauf e Nagin (2011) retomam a ideia do “desconto” usada por Davis (1988) em seu modelo e reconhecem que consequências futuras pesam menos do que consequências presentes, uma vez que criminosos apresentam taxas de desconto mais altas do que o cidadão médio. Pessoas com potencial de se tornarem criminosas também são mais sensíveis a consequências mais imediatas. Seriam pouco afetados por um aumento de 50% em uma determinada pena (por exemplo, de 10 para 15 anos de prisão), mas seriam significativamente afetados por um aumento de 50% na probabilidade de detenção. Sem o efeito dissuasório, insistem os autores, não é possível reduzir, ao mesmo tempo, o crime e o aprisionamento numa sociedade.

Após um balanço geral, o estudo conclui que há pouca evidência confiável de que varia-

ções em SP tenham um efeito dissuasório substancial e que, por outro lado, há forte evidência indicando que variação em PD tem alto efeito dissuasório, particularmente em algumas formas de uso da força policial.

Em suma, os modelos propostos por Becker (1968), Davis (1988), McCrary (2010) e Durlauf e Nagin (2011) informam que: a) a oferta de crimes cairá se a probabilidade de detenção aumentar; b) a oferta de crimes cairá se a severidade da punição aumentar; c) a oferta de crimes cairá se o custo de oportunidade do crime aumentar; e d) a oferta de crimes cairá se a detenção for célere. Se o dinheiro é curto, é preferível investir em probabilidade de detenção do que em severidade da punição.

7. A importância da dissuasão

A política criminal ideal é aquela que reduz tanto o crime quanto a punição, pois reduz para a sociedade o custo do crime e o custo de administrar a punição.

De forma geral, há dois mecanismos pelos quais uma política criminal reduz o crime: dissuasão e incapacitação. Se como resultado de uma política o indivíduo opta por não cometer o crime, há dissuasão. Se o indivíduo não comete o crime por estar fora de circulação, seja por prisão cautelar ou definitiva, há incapacitação. Esses dois mecanismos geralmente estão intrinsecamente relacionados e é difícil isolá-los. A dissuasão tem lugar como resposta a qualquer política que altera os custos e benefícios da opção pelo crime, ao passo que a incapacitação tem lugar quando há aumento da capacidade de detenção e da duração da detenção.

A incapacitação sem a dissuasão não reduz o crime. A dissuasão sem a incapacitação seria o resultado ideal, mais barato em termos orçamentários e de menor custo social.

Em revisão da literatura sobre os efeitos da dissuasão (PD e SP) sobre o crime, Durlauf e Nagin (2011) destacaram os seguintes achados:

a) o efeito marginal da dissuasão com o aumento de penas já longas é pequeno;

b) o aumento da visibilidade da polícia, seja pela contratação de mais policiais ou pela redistribuição dos policiais existentes, e que leva ao aumento da percepção de risco de detenção, apresenta efeitos marginais de dissuasão substanciais;

c) a prisão, comparada com formas alternativas de punição, não previne reincidência⁹. Ao invés, a evidência sugere que há efeitos criminogênicos no aprisionamento.

O aprisionamento aumenta redes sociais. Prisões são “escolas do crime” onde ingressantes entram em contato com sistemas de valores desviantes, aprendem novas habilidades (ao mesmo tempo em que seu capital humano para atividades não criminosas deprecia), aumentam o ressentimento contra a sociedade e reafirmam a identidade criminosa. Em um ambiente prisional degradante (superlotado e com escassez de bens e serviços essenciais, como água, alimento de qualidade, higiene etc.), esses efeitos são potencializados. As prisões brasileiras têm se mostrado ambientes favoráveis a isso.

O sistema prisional brasileiro tem um déficit de quase 360 mil vagas, conforme dados de junho de 2016 divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJ); 89% da população prisional estão em unidades superlotadas; 78% dos estabelecimentos penais abrigam mais presos do que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663. A oferta não acompanha a demanda. Segundo banco de dados do CNJ, havia cerca de 608 mil mandados de prisão aguardando cumprimento no início de janeiro de 2018.

Segundo o Ministério da Saúde, o sistema prisional brasileiro tem 28 vezes mais incidência de casos de tuberculose do que a população em geral, devido à superlotação e à falta de ventilação e luz solar nos presídios.

Quando bens ficam escassos (produtos de higiene, água, luz solar, comida decente, cama para dormir, telefone, espaço, trabalho, segurança, defensor público etc.) e a procura por tais bens sobrepuja cronicamente a oferta, surgem incentivos para a formação do mercado negro. Facções criminosas que competem entre si vão tentar oferecer os bens.

⁹A taxa de reincidência no Brasil varia de 24,4% a 46,3%, dependendo do período e da metodologia adotados (PESSOA, 2017). Ou seja, de cada 10 pessoas presas, de 2 a 4 voltam a delinquir.

Com dinheiro e poder para corromper, elas chegam a controlar várias prisões. Sem vagas em quantidade razoável e sem uma oferta mínima de bens prisionais de qualidade, apenas se aumenta o nível de violência na sociedade.

As prisões também aumentam a criminalidade futura pela estigmatização social e econômica do indivíduo (terão salários mais baixos e mais dificuldades de emprego). Isso é potencializado no Brasil em razão de características culturais de nossa sociedade, que apresenta um déficit de identidade coletiva (de autorreconhecimento no outro), fruto da forte desigualdade social¹⁰.

As sanções criminais implicam um processo de desvantagem cumulativa. Elas dificultam o acesso do condenado à estrutura de oportunidades lícitas vigente na sociedade, o que alimenta a reincidência. Num país com alta desigualdade de oportunidades como o Brasil, esse problema é agravado.

Em suma, o estudo de Durlauf e Nagin aponta que a literatura sobre aprisionamento tem encontrado um efeito mais criminogênico do que preventivo na prisão. A prisão não vem cumprindo sua missão básica: ressocializar. Pelo contrário, tem agravado a dessocialização.

Durlauf e Nagin (2011) trazem outras ponderações importantes:

(a) a política criminal que reduz a criminalidade apenas com a incapacitação do criminoso necessariamente eleva a taxa de aprisionamento. Em contraste, se a política também previne o crime por meio da dissuasão, é possível que consiga reduzir tanto o aprisionamento quanto o crime. Ignorar a dissuasão apenas levaria a um processo de encarceramento em massa; e

(b) se a experiência da prisão é criminogênica, uma política criminal que reduz tanto o crime quanto o aprisionamento reduz a taxa de reincidência.

Prisões longas são caras e contraproducentes. Para os autores, o ideal é que sejam pouco usadas, reservadas para criminosos reincidentes em crimes graves, praticados com violência ou que implicam alto dano patrimonial.

O Estado brasileiro, oportuno mencionar, prende mal: metade da população prisional é de pessoas presas por tráfico de drogas, furto, receptação, posse ou porte ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha, crimes não violentos (BRASIL, 2017a).

¹⁰ O instituto chileno Latinobarómetro, em pesquisa de 2015, perguntou aos brasileiros se, de forma geral, eles confiam nas pessoas. Apenas 7,4% responderam positivamente. O *Our World in Data*, da Universidade de Oxford, encontrou índice bem próximo em 2014: 6,53%. Esse índice para os países escandinavos, por exemplo, é superior a 60%. O Latinobarómetro está disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

Sobre os efeitos marginais da dissuasão relativos a PD e SP, há ganhos de prevenção contra o crime se os recursos são canalizados do aprisionamento para o policiamento e se o aprisionamento é substituído por medidas alternativas, como serviços comunitários, livramento condicional, monitoramento eletrônico etc., desde que fortemente fiscalizados, com consequências rigorosas e imediatas em caso de infringência das condições impostas, o que preserva a dissuasão, conforme ensina a experiência do Projeto Hope no Havai.

Assim, os autores recomendam a seguinte estratégia de política criminal: reduzir o tempo de prisão das sentenças e canalizar os recursos poupados para o policiamento e para a fiscalização de penas alternativas.

Não há evidências de que o modelo tradicional de policiamento – que envolve o uso não estratégico de patrulhas, respostas rápidas ao rádio e métodos sofisticados de investigação – seja efetivo em prevenir o crime. Ao invés, estratégias de *hot spot policing* e *problem-oriented policing*, que serão abordadas mais adiante, têm-se mostrado mais eficazes.

8. Investindo em probabilidade de detenção (PD)

8.1. Aprisionamento

De forma geral, a literatura tem mostrado que um maior aprisionamento afeta negativamente as taxas de crimes. Conforme revisão da literatura feita por Pessoa (2017), estudos mostram que, para cada 1% de aumento na população prisional, tem-se entre 0,1% a 0,4% de queda na criminalidade. O efeito apresenta-se estatisticamente significativo, mesmo que se levem em consideração outras variáveis, como as condições econômicas, o policiamento e a estrutura etária.

Harcourt (2011), com base em dados estaduais dos EUA de 1934 a 2001, encontrou forte e robusta correlação entre encarceramento (incluindo prisões e instituições para tratamento mental) e taxa de homicídio. Sugere inclusive uma “física social” para o crime: homicídios estão largamente relacionados à quantidade e taxa de indivíduos detidos em instituições penais, o que significa que o isolamento seguro de porção da população produz efeitos negativos sobre as taxas de criminalidade.

Estudo de Rosenfield e Messner (2012 apud PESSOA, 2017) revela como o aumento da taxa de encarceramento se mostrou estatisticamente significativo para explicar a redução da violação de domicílio nos EUA e em 9 países europeus entre 1993 e 2006.

Nadanovsky (2009) observou que a taxa de homicídio no Estado de São Paulo aumentou de 36 por 100 mil habitantes, em 1996, para 44 em

1999. Desse momento em diante, a taxa reduziu até 21, em 2005. O número de pessoas na prisão por cada 100 mil habitantes aumentou constantemente de 182 em 1996 até 341 em 2005. O estudo percebeu uma clara relação entre a taxa de encarceramento e as taxas de homicídio subsequentes, nos três anos seguintes.

Apesar de não ser possível concluir que a relação seja causal, conforme observou o autor, houve uma associação temporal clara compatível com a interpretação de que o aumento no encarceramento de criminosos exerceu seu efeito incapacitador e/ou dissuasor do crime em São Paulo. O estudo percebeu ainda que nos EUA as tendências foram muito similares às tendências identificadas no estado de São Paulo. Naquele país, aconteceu um aumento na taxa de homicídio a partir dos anos 1960, atingindo um pico de 10 homicídios por cada 100 mil habitantes em 1980. Entre 1991 e 2000, a taxa de homicídio caiu de 10 para 5. A taxa de encarceramento começou a crescer em meados dos anos 1970 (como em São Paulo, antecedendo a redução no homicídio). Nos Estados Unidos, em 1970, a taxa de encarceramento era aproximadamente de 100 para cada 100 mil habitantes; em meados dos anos 1980, passou a 200 e, em 1990, chegou a 300. Ou seja, tanto nos EUA quanto no estado de São Paulo, foi observado um aumento marcante na taxa de encarceramento que antecedeu e, logo em seguida coincidiu, com um declínio igualmente expressivo na taxa de homicídio.

No mesmo sentido, Santos e Kassouf (2013) encontraram que o aumento da taxa de encarceramento foi fundamental para a redução da criminalidade na cidade de São Paulo no período 1997-2010.

Corman e Mocan (2000), com base em dados mensais durante um período de quase trinta anos, para a cidade de Nova Iorque, concluíram que o encarceramento reduz as taxas de crimes de roubo e roubo a veículos, e a presença da polícia reduz as taxas de roubo e furto.

D'Alessio e Stolzenberg (1998), em pesquisa feita em Orange County - Florida, perceberam que a taxa de prisões diárias feitas pela polícia produz um efeito defasado e negativo na taxa de criminalidade.

Análise feita por economistas do IPEA sobre o efeito do encarceramento no Brasil mostram que aumentar em 10% o número de presos reduz a taxa de homicídio do ano seguinte em 0,5%, com impactos adicionais nos anos posteriores (SACHSIDA; MENDONÇA, 2013). No acumulado de 10 anos, a redução seria de 3,3%. Se for levado em consideração o custo dos homicídios nesse mesmo horizonte temporal, a economia anual estimada seria de R\$ 585 milhões.

Nos estados brasileiros que apresentaram redução na taxa de homicídios, o aumento médio da taxa de encarceramento foi de 105%, contra um aumento de 66,1% nos demais.

Sachsida e Mendonça (2013), usando dados oficiais do governo brasileiro, reuniram informações sobre mais de 5 mil áreas mínimas comparáveis entre 2003 e 2009. Além das informações referentes à taxa de homicídios e a variáveis de repressão ao crime (taxa de encarceramento e taxa de policiamento), também coletaram dados referentes a uma série de outras variáveis comumente adotadas em estudos sobre criminalidade. O estudo isolou os efeitos das variáveis de repressão do efeito de variáveis socioeconômicas (taxa de desemprego, concentração de renda, nível de escolaridade, renda média, densidade demográfica etc.), e também dos efeitos demográficos (taxa de homens jovens em relação à população) e inerciais da taxa de homicídios.

Entre os principais resultados dessa pesquisa, destacamos:

1) existe um forte impacto inercial da taxa de homicídios. Isto é, um aumento de 10% na taxa de homicídios do ano anterior implica um aumento de 9% na taxa de homicídios do ano presente;

2) aumentar em 10% o número de presos reduz a taxa de homicídios do ano seguinte em, aproximadamente, 0,5%. Devido ao efeito inercial da taxa de homicídios, a redução da taxa de homicídios em 0,5% no ano seguinte implica uma redução adicional de 0,45% na taxa de homicídios em dois anos. Em um horizonte de cinco anos, o efeito acumulado de um aumento de 10% na taxa de encarceramento é de uma redução na taxa de homicídios da ordem de 2%. Em 10 anos, o aumento inicial de 10% na taxa de encarceramento gera uma redução de 3,3% na taxa de homicídios;

3) aumentar em 10% o efetivo policial (polícia militar e polícia civil) reduz a taxa de homicídios no ano seguinte entre 0,8% e 3,4%. Novamente, devido ao efeito inercial, isso implica que em cinco anos a taxa de homicídios

será reduzida entre 3,3% e 13,9%. Para um horizonte temporal de dez anos, o efeito original de um aumento de 10% no efetivo policial gera uma redução da taxa de homicídios entre 5,2% e 22,1%;

4) diminuir a desigualdade de renda não é uma garantia de redução na taxa de homicídios;

5) um aumento da população masculina jovem, dependendo do caso específico, pode implicar um aumento da taxa de homicídios;

6) não é claro que uma redução na taxa de desemprego implique redução da taxa de homicídios.

As pesquisas citadas corroboram a hipótese geral de dissuasão proposta pelos modelos de crime já citados e oferecem *evidências que suportam uma política de segurança pública que melhore a capacidade do Estado de realizar prisões.*

8.2. Policiamento

Eck e Maguire (2000) realizaram uma revisão de literatura sobre o efeito do aumento da força policial sobre crimes violentos (homicídio, estupro, latrocínio e agressão física). De 27 artigos analisados numa resenha, totalizando 89 modelos com diferentes variáveis independentes, dependentes e métodos de estimação, mostra-se que 49% não encontram qualquer efeito do policiamento sobre o crime; 30% notaram influência positiva (mais policiamento mais crimes); e 20% observaram efeito negativo (mais policiamento menos crimes).

Como já citado, policiamento também pode ser criminogênico (item 6). Além da truculência, conta ainda o nível de corrupção policial (aceitação de suborno, formação de milícias, participação no mercado clandestino de drogas e armas etc.). Além disso, as redes

sociais de relacionamentos e o território de atuação influenciam comportamentos.

Por outro lado, há revisão da literatura feita por Levit (apud PESSOA, 2017) a indicar que um aumento de 1% na força policial provoca uma queda de 0,3% a 2% na criminalidade, dependendo do tipo de delito e da metodologia.

De qualquer forma, apesar de Eck e Maguire não terem encontrado evidências que possam levar à conclusão de que mudanças na forma de policiamento contribuem para reduzir os índices de criminalidade, encontraram evidências limitadas de que o policiamento com foco, dirigido a áreas específicas com altos índices de criminalidade, contribuiu para reduzir as taxas nacionais de criminalidade nos EUA.

O policiamento com foco (*hot spots policing* e *problem-oriented policing* – este último conhecido como POP), forma de policiamento proativo (e não reativo), foi estudado por outros autores e, de forma geral, tem sido considerado eficaz na redução da criminalidade. De forma geral, o policiamento reativo e randômico é considerado ineficaz pela literatura especializada. O *hot spots policing* descreve uma estratégia em que maior número de policiais é canalizado para áreas geográficas com índices maiores de criminalidade. POP, por sua vez, é a estratégia em que a polícia se aproxima da comunidade para identificar vulnerabilidades locais e evitar o comportamento criminoso.

Durlauf e Nagin (2011) concluíram que o policiamento proativo e estratégico apresenta relação custo-benefício muito mais vantajosa do que o modelo tradicional de policiamento. Citam, entre outros, o estudo de Cohen e Ludwig (2003) sobre uma experiência feita pela polícia de Pittsburg para a prevenção de crimes praticados com arma de fogo. A tática foi canalizar policiais para áreas de alta criminalidade dentro da cidade, retirando-os do

callcenter (911, serviço de atendimento) para trabalharem proativamente em busca de pessoas com porte ilegal de armas (*stop-and-talk*). A tática levou a uma queda significativa de eventos envolvendo armas de fogo.

Em levantamento feito por Braga (2001 apud CHALFIN; MCCRARY, 2017), de nove experimentos envolvendo *hot spots policing*, sete mostraram expressiva redução da criminalidade. Há discussão sobre o deslocamento espacial do crime (se esse tipo de policiamento faria ou não o crime se deslocar para outras áreas, o que anularia seu efeito agregado). A literatura é inconclusiva. De qualquer forma, evitar o deslocamento do crime no tempo e no espaço depende da eficácia de políticas sociais estruturais (educação e mercado de trabalho), que reduzam o custo de oportunidade do crime.

Um programa nacional baseado em *hot spots* é o Pacto pela Vida, de Pernambuco. Estudo de Silveira Neto et al. (2013) concluiu que o programa contribuiu para a redução de 17,3% dos índices de criminalidade no período 2007-2011.

Em outro levantamento, Braga (apud CHALFIN; MCCRARY, 2017) também encontrou bons resultados do POP para a redução de crimes violentos. Revisão da literatura sobre POP feita por Weisburd et al. (2010 apud DURLAUF; NAGIN, 2011) dá forte suporte empírico a sua efetividade.

Um programa nacional baseado em POP é o Fica Vivo, implementado na cidade de Belo Horizonte/MG. Silveira et al. (2010) encontraram que o programa foi responsável por redução significativa de homicídios na área de Morro das Pedras, no período 2002-2006. Nos primeiros seis meses, a redução foi de 69% no número médio de homicídios. Outros autores encontraram impactos variados e menores do programa em outras áreas (CABRAL, 2016).

Esses achados reforçam o argumento de Durlauf e Nagin: o efeito dissuasório do policiamento é heterogêneo e não é garantido; ou seja, depende da forma como a polícia é usada e as circunstâncias em que é usada. Seu uso tem-se mostrado mais eficiente quando dirigido a áreas de alto risco e a indivíduos de alto risco.

As áreas de risco são conhecidas. Oitenta e um municípios brasileiros concentravam praticamente a metade dos homicídios do País (48,6% do total) em 2014, e com alta concentração em poucos bairros (4.706 bairros) (CERQUEIRA et al., 2016).

Chalfin e McCrary (2017) encontraram que o efeito da polícia é maior em crimes violentos do que em crimes contra a propriedade. De qualquer forma, encontraram efeitos significativos de dissuasão sobre homicídios, roubos e roubos a veículos.

Draca, Machin e Witt (2010) observaram o efeito de deslocamento e rearranjo de forças policiais sobre a taxa de criminalidade durante o mês de julho de 2005 na cidade de Londres, como reação aos ataques terroristas sofridos na época. Encontraram evidência robusta de que maior policiamento leva à redução de crimes típicos de rua, como furtos e roubos. O período e localidade de quedas observadas na criminalidade coincidiram com o aumento das forças policiais. As taxas de criminalidade voltaram aos patamares anteriores após findo o período de alerta policial.

Conforme já adiantado no item 9.1, pesquisadores do IPEA estimaram que um aumento de 10% no efetivo policial (militar e civil) no Brasil reduza a taxa de homicídios em até 3,4% no ano seguinte (SACHSIDA; MENDONÇA, 2013). Em 10 anos, isso representaria uma diminuição de até 22%. Ponderando o custo dos homicídios, a economia anual seria de até R\$ 4 bilhões nesse período. Em comparação com

o item anterior, o policiamento surtiria mais efeito que o encarceramento no Brasil.

Trabalho de Suliano e Oliveira (2013) encontrou expressivo efeito dissuasório com o aumento do efetivo policial decorrente da implantação do programa Ronda do Quarteirão, na região metropolitana de Fortaleza/CE, no período 2007-2008. Houve redução de 57% nas taxas de roubo. Cabral (2016) encontrou efeito dissuasório decorrente da existência de guardas municipais armadas em São Paulo.

Levitt (2004) e Levitt e Dubner (2005) fizeram uma compilação da frequência dos fatores explicativos citados em artigos publicados entre 1991 e 2001 para a queda da criminalidade nos EUA a partir da década de 1990. Segundo sua pesquisa, há evidências de que os seguintes fatores contribuíram para a queda da criminalidade no país: a legalização do aborto na década de 1970; o aumento do número de policiais; o aumento da população carcerária; e o fim da epidemia do *crack* da década de 1980. Os seguintes fatores não foram apontados como relevantes para a queda da criminalidade: o *boom* econômico dos anos 1990; mudanças demográficas (envelhecimento da população); melhores estratégias de policiamento; leis de controle de armas; leis autorizativas do porte de armas; aumento do uso da pena de morte.

Chalfin e McCrary (2017), em sua ampla revisão da literatura sobre dissuasão, não encontraram evidências convincentes de que o policiamento voltado para remediar desordem e focado em crimes menores, do tipo “tolerância zero”, e inspirado na teoria das janelas quebradas, seja eficiente.¹¹

O sociólogo francês Wacquant (2007) estudou os resultados da chamada política de “tolerância zero” aplicada em Nova Iorque na década de 1990 e concluiu que não foi a estra-

¹¹No mesmo sentido, ver Odon (2016).

tégia de policiamento com foco nos pequenos infratores que produziu efeitos, mas o aumento e a concentração da polícia e da repressão penal. O programa “tolerância zero” incluiu também uma ampla reestruturação burocrática no Departamento de Polícia de Nova Iorque, uma grande expansão dos recursos humanos e financeiros e o desenvolvimento de um sistema informático de coleta e compartilhamento de dados.

Assim, uma burocracia antes reputada como covarde e passiva, que havia se acostumado a esperar que as vítimas viessem registrar ocorrências, transfigurou-se numa “empresa de segurança” proativa e ofensiva, dotada de recursos humanos e financeiros expressivos. Assim, para Wacquant (2007), foi o aumento maciço da vigilância e o seu direcionamento para as classes mais pobres que contribuiu para a redução da criminalidade.

Enfim, os resultados encontrados por todos esses estudos são coerentes com os modelos de crime abordados. Essas evidências apontam que, diante de dificuldades orçamentárias, *uma canalização recomendável de recursos seria para o aumento do número ou da produtividade dos policiais.*

9. Desigualdade de renda, educação, desemprego e outras variáveis

A desigualdade de renda tem-se mostrado recorrentemente como fator de incremento da criminalidade, com efeito positivo (mais desigualdade mais crime).

Um achado importante de Ehrlich (1973) é o de que a desigualdade de renda produz mais efeitos sobre as taxas de crimes contra o patrimônio do que crimes contra a pessoa. Pessoas com rendas mais baixas têm mais incentivos para fazer renda com atividades ilícitas em face das dificuldades (custo de oportunidade) encontradas para obter renda equivalente em atividades lícitas. O papel das oportunidades disponíveis na competição entre atividades lícitas e ilícitas para a decisão do indivíduo entre uma e outra é importante, percebeu Ehrlich.

Fajnzylber, Lederman e Loayza (1998), ao analisar dados de crimes no mundo, chegaram a conclusões semelhantes: a desigualdade de renda e a dissuasão (PD e SP) são variáveis determinantes nas taxas de crimes. Assim, um país que enfrenta uma epidemia de criminalidade deveria considerar a combinação de políticas redistributivas com o aumento de recursos destinados à detenção e punição de criminosos.

Considerando o efeito indutor de criminalidade da desigualdade social, os achados empíricos de Fajnzylber, Lederman e Loayza confir-

mam o estudo de Ehrlich (1973) de que há um *incentivo social para se equalizar treinamento e oportunidades de renda entre as pessoas*, que é independente de considerações éticas.

Sobre o já citado efeito inercial do crime (item 3), as estimativas obtidas por Kume (2004) permitem concluir que o grau de desigualdade de renda e a taxa de criminalidade do período anterior geram um efeito positivo sobre a taxa de criminalidade do período presente, enquanto que o PIB *per capita*, o nível de escolaridade, o grau de urbanização e o crescimento do PIB têm efeitos negativos.

A influência de variáveis econômicas sobre crimes violentos, por sua vez, quando muito, revela-se apenas indireta. Em estudos nos quais delitos contra a propriedade variam positivamente tanto com a desigualdade de renda quanto com a renda média, essas variáveis não explicam crimes contra a pessoa, como homicídio e estupro. Indiretamente, no entanto, uma crise econômica afeta o crime, por exemplo, devido à redução do orçamento governamental destinado ao policiamento e ao aprisionamento.

9.1. Educação

Conforme Fajnzylber, Lederman e Loayza (1998), existe um efeito de atraso de políticas educacionais sobre a taxa de crime, isto é, a redução do crime como efeito de investimentos em educação não se materializa enquanto os jovens estão sendo educados, mas, majoritariamente, quando eles se tornam adultos (efeito inercial). Além disso, há o efeito indireto da educação sobre a desigualdade social.

Trabalho de Lochner e Moretti (2004) encontrou alto efeito negativo da taxa de escolaridade sobre a participação em atividade criminosa e probabilidade de detenção (principalmente em homicídio e crimes patrimoniais). Parte do efeito da educação sobre o crime se daria pelo aumento de salário associado à escolaridade. O retorno social do investimento em educação é maior do que o retorno individual: 1% de aumento na taxa de finalização do segundo grau, entre homens de 20 a 60 anos de idade, economizaria algo em torno de 1,4 bilhão de dólares aos EUA (custo do crime suportado pelas vítimas e pela sociedade como um todo).

Relacionados a esse estudo estão os achados de İmrohoroğlu, Merlo e Rupert (2000), que, após analisarem os estados norte-americanos, chegaram a duas conclusões importantes: a) uma variação alta da distribuição de salários na sociedade (distribuição de habilidades individuais) leva a maiores taxas de criminalidade, o que aponta para uma correlação positiva entre desigualdade e crime; e b) políticas de redistribuição

buição de renda não necessariamente levam à queda da criminalidade, pois esta é mais sensível à distribuição salarial, o que reforça o efeito da escolaridade no crime.

Durlauf e Nagin (2011) mencionam evidências robustas sobre a efetividade de programas educacionais voltados para a primeira infância (crianças até 6 anos) para a redução da criminalidade. Estudo de Cerqueira et al. (2016) vai no mesmo sentido, asseverando que várias abordagens teóricas acerca da etiologia criminal consideram que a probabilidade de cometer atos de delinquência e crimes violentos não é uma constante na vida do indivíduo. Identifica várias pesquisas que encontram um padrão geral segundo o qual o crime segue um ciclo que se inicia na pré-adolescência, aos 12 ou 13 anos, atinge um ápice aos 20 anos e se esgota pouco antes dos 30 anos.

A pesquisa de Cerqueira et al. (2016) menciona ampla literatura consensual que identifica diferentes dimensões de problemas comportamentais que se iniciam na primeira infância, mas podem persistir ao longo do tempo gerando um processo dinâmico com implicações até a idade adulta, o que confirma a Curva de Heckman, segundo a qual a taxa de retorno do investimento em capital humano é marginalmente decrescente no curso temporal de vida da pessoa (HECKMAN, 2006).

É oportuno citar o estudo de Harcourt e Ludwig (2006) e, em seguida, os achados de Chetty, Hendren e Katz (2016). Ambos analisaram um programa social conhecido como *Moving to Opportunity*, lançado em 1994 pelo governo federal americano, que foi executado em 5 cidades (Nova Iorque, Chicago, Los Angeles, Baltimore e Boston). Cerca de 4.800 famílias de baixa renda, que viviam em comunidades com altos índices de criminalidade e alta pobreza, receberam aleatoriamente *vouchers* para se mudarem para comunidades de menor pobreza.

Para Harcourt e Ludwig (2006), o programa seria o primeiro teste efetivo da teoria das janelas quebradas. Os achados não oferecem suporte para a relação de causalidade entre ambiente de desordem e crime, proposta por essa teoria. Análise dos registros de prisão e relatórios criminais mostraram que a mudança para uma localidade mais ordenada não mudou o comportamento criminal dos participantes do programa.

Contudo, há evidências empíricas de que a mudança para áreas que oferecem melhor ambiente socioeconômico tem efeitos significativos em crianças. Chetty, Hendren e Katz (2016) encontraram que a mudança para comunidades menos pobres melhorou significativamente as taxas de entrada na universidade e de renda de pessoas que eram novas, com menos de 13 anos de idade, quando suas famílias se mudaram. Essas pessoas passaram a viver em vizinhanças melhores quando adultos e com menos probabilidade de constituírem famílias monopá-

rentais. Tais pessoas apresentam renda anual 31% mais alta em relação àquelas que se mudaram com mais de vinte anos de idade (grupo de controle). Ou seja, o ganho marginal com a mudança é menor com o avanço da idade, o que confirma Heckman, e reforça a hipótese de que a infância em um ambiente mais saudável é fator-chave para maiores ganhos individuais de longo prazo.

O estudo conclui que a mudança de famílias com crianças para comunidades menos pobres e com menos crimes pode reduzir a armadilha da pobreza intergeracional e, no longo prazo, oferecer bom retorno do investimento aos contribuintes.

Por fim, é importante citar a pesquisa de Chioda, Mello e Soares (2012), que estudaram o impacto da expansão do Bolsa Família a partir de 2008 na cidade de São Paulo, momento em que o programa passou a transferir renda para as famílias pobres com adolescentes entre 16 e 17 anos matriculados na escola (até então a idade máxima elegível era de 15 anos). O estudo encontrou correlação negativa entre as transferências e o crime (mais transferências menos crimes). Conforme os autores, o programa, em sua evolução e expansão entre os anos de 2006 e 2009, que correspondeu a cerca de 59 mais estudantes cobertos por escola, causou uma redução de 21% na criminalidade nas vizinhanças onde eles estudam (94 crimes a menos por escola por ano).

O impacto não se deu pelo efeito de incapacitação decorrente do tempo em que o adolescente estava na escola, mas em razão do aumento da renda familiar e pela interação social, ou seja, o grupo de colegas dos jovens abrangido pelo programa é afetado tanto pela matrícula na escola quanto pela exigência de frequência elevada às aulas. Se o grupo de colegas dentro da escola é melhor do que aquele que o jovem encontra nas ruas, contribui para

afastá-lo do crime, o que confirma os achados de Glaeser, Sacerdote e Scheinkman (1996) e, indiretamente, os achados de Chetty, Hendren e Katz (2016) sobre o programa *Moving to Opportunity*.

9.2. Mercado de trabalho

Estudo de Gould, Weinberg e Mustard (2002 apud SACHSIDA; MENDONÇA, 2013) também concluiu que o nível salarial é importante determinante da taxa de crimes, o que indica que uma queda de longo prazo nessas taxas depende de uma contínua melhora nos salários dos homens menos qualificados. Para agravar o quadro, é importante o efeito do estigma nos salários: um registro de prisão pode reduzir os salários de ex-detentos entre 18% e 26%¹².

Chalfin e McCrary (2017), em revisão da literatura, apontam que estudos mais recentes de fato têm encontrado evidências da relação robusta entre desemprego, salário e crime. Apontam estudo que encontrou que 1% de aumento no desemprego tende a gerar de 3% a 5% de aumento em crimes contra a propriedade. Os resultados não são consistentes para crimes violentos. De forma geral, o estudo conclui que a variação na taxa de desemprego explicou entre 12% a 40% do declínio de crimes contra a propriedade na década de 1990 nos EUA. Outros achados sugerem ainda que a criminalidade tende a aumentar entre 9% e 18% durante períodos de grave recessão econômica, uma vez que o crime se apresenta sensível à existência de oportunidades de emprego para homens de baixa qualificação.

¹²Dados de estudo de Joseph (2002 apud SACHSIDA; MENDONÇA, 2013). Outro estudo citado por esses autores, para o Distrito Federal, encontrou que ex-detentos recebem uma punição salarial que pode atingir até 39% em comparação com indivíduos de características similares que nunca foram presos.

Chalfin e McCrary (2017) encontraram correlação mais forte entre crime e salário do que entre crime e desemprego. Uma vez que a participação no crime está associada a um conjunto de custos fixos, o crime é mais responsivo a variáveis de longo prazo do mercado de trabalho, como nível de capital humano e salários, do que desemprego, que é tipicamente temporário. Além disso, em qualquer tempo, o número de indivíduos empregados em funções de baixos salários supera amplamente o número de desempregados, o que faz com que o nível salarial para homens de baixa qualificação tenha um papel mais relevante no estímulo ao crime do que o desemprego.

Cerqueira e Moura (2015) encontraram que, para os homens de 15 a 65 anos de idade, 1% de aumento da taxa de desemprego está associada ao aumento de 2,1% na taxa de homicídio na cidade em questão. Em relação aos homens jovens (de 15 a 29 anos), um aumento de 1% na taxa de desemprego está associado a aumento de 2,5% na taxa de homicídios local. O estudo não encontra relação significativa entre envolvimento criminal e o nível de renda do jovem. Portanto, a queda do desemprego entre jovens tende a reduzir a taxa de homicídios. Esses achados levaram os autores a recomendar políticas públicas voltadas para a pré-adolescência, período considerado crítico no ciclo de vida do indivíduo.

A literatura que estuda a correlação entre crime e salário tem gerado mais consenso do que a literatura sobre desemprego, conforme Chalfin e McCrary (2017).

Portanto, uma política pública que objetiva reduzir o crime também precisa propor medidas para reduzir o desemprego, aumentar a produtividade do trabalho e reduzir o custo do trabalhador na economia.

9.3. Demografia

A relação entre demografia e criminalidade é controversa. Hartung (2009) encontrou que variáveis demográficas são altamente significativas e positivamente correlacionadas com a criminalidade de 20 anos depois. Ou seja, o efeito inercial é importante.

A literatura do crime já encontrou fortes evidências de que crianças nascidas de mães solteiras, criadas sem o pai ou nascidas de mães com baixa escolaridade têm maior probabilidade de se envolverem em atividades criminosas. Para Hartung, essas variáveis são capazes de afetar significativamente as taxas de criminalidade no nível agregado cerca de 20 anos depois. A defasagem se explica pelo fato de o filho criado em um lar instável, apenas após 15 anos, entrar na fase da vida de maior envolvimento criminal (dos 15 aos 24 anos). Esse achado contraria ar-

gumentos de que a criminalidade brasileira estaria associada somente à desigualdade social ou à pobreza.

Os achados de Hartung corroboram outros já citados: boa parte da criminalidade dos próximos anos já está predeterminada pelo que aconteceu na demografia brasileira das últimas décadas. Políticas públicas que tentem modificar esses fatores demográficos só devem produzir algum efeito sobre a criminalidade no momento em que as crianças entrarem na faixa etária de alto envolvimento criminal.

Esse resultado, se associado à observação de que gravidez indesejada tem maior probabilidade de ocorrência em mães jovens e pobres, com baixa escolaridade e não casadas, corrobora indiretamente a hipótese de Levitt (2004) de que há correlação entre legalização do aborto e queda da taxa de criminalidade.

Na década de 1960, alguns estados americanos descriminalizaram o aborto. Em 1973, a legalização do aborto nos EUA foi estendida a todo o país com a decisão *Roe v. Wade* da Suprema Corte. Em 1974, foram registrados 750 mil abortos; em 1980, 1,6 milhão de abortos. Segundo a pesquisa de Levitt (2004), 50% deles em famílias pobres e 60% em famílias com apenas um dos pais – dois fatores sociais ligados ao desenvolvimento de hábitos criminosos. Na década de 1990, todas essas crianças teriam grandes chances de se tornarem adolescentes criminosos.

São evidências empíricas: os cinco primeiros estados a se beneficiarem com a decisão da Suprema Corte tiveram quedas de criminalidade antes dos outros 45 estados norte-americanos; estado com taxas maiores de criminalidade nos anos 1970 tiveram quedas maiores de criminalidade nos anos 1990; não foi encontrada relação entre taxa de aborto e taxa de criminalidade antes do final da década de 1980.

Esse trabalho foi contestado por Joyce (2004), que argumentou que o período coincide com a ascensão e queda da epidemia de *crack* e cocaína naquele país e que estudos apontam que adolescentes e mulheres não casadas com maior escolaridade e renda têm mais propensão a abortar do que as mais pobres e com menos escolaridade. Portanto, essas crianças americanas advindas de eventual gravidez não interrompida teriam menos risco de envolvimento criminal.

No Brasil, contudo, o perfil da mulher que aborta é outro. Em estudo de 2009, que analisou o que foi produzido por pesquisadores brasileiros sobre aborto nos 20 anos anteriores, com vasta informação oriunda dos serviços públicos de saúde, observou-se que o perfil da mulher que aborta no Brasil é a jovem, pobre e já mãe. A faixa etária com maior concentração de abortos é de 20 a 29 anos, com prevalência de mulheres não casadas, de baixa escolaridade (até oito anos de

estudo), baixa renda (empregadas domésticas, cabeleireiras, manicures e estudantes) e já com filhos (BRASIL, 2009).

Por fim, o efeito da variação no tamanho da faixa etária jovem sobre a taxa de homicídios também já foi estudado. A literatura de criminologia mostra que o crime não é uma constante no ciclo de vida do indivíduo, mas está fortemente relacionado ao período da juventude. Cerqueira e Moura (2015) mostram que os homens jovens (entre 15 e 29 anos) compõem o grupo que mais sofre homicídios no Brasil. No universo dos jovens, a maioria das vítimas são homens e de baixa escolaridade (até 7 anos de estudo), o que confirma evidências internacionais. Os jovens são os trabalhadores com níveis mais baixos de qualificação e experiência e, portanto, com custos de oportunidade mais baixos para o crime.

A redução da proporção de jovens de 15 a 24 anos na população do estado de São Paulo entre 1990 e 2000 explicaria parte da queda notada nesse tipo de crime (PESSOA, 2017). Sachsida e Mendonça (2013) encontraram que um aumento da população masculina jovem, dependendo do contexto, pode implicar aumento da taxa de homicídios.

É oportuno citar que mais da metade da população prisional brasileira é composta de jovens, de 18 a 29 anos de idade (55%) (BRASIL, 2017a).

10. Conclusão: o desenho de uma estratégia

A ciência oferece caminhos para uma distribuição ótima de recursos e de punição na sociedade. Algumas políticas públicas têm baixa elasticidade, ou seja, encontram pouca responsividade no comportamento criminoso e, assim, se traduzem em desperdício de

recursos. Conforme a literatura estudada, ao olharmos para o Brasil, seriam exemplos de políticas desse tipo contratar mais policiais sem alterar a forma de atuar da polícia, investir em produtividade policial sem construir mais presídios, construir mais presídios e continuar a prender mais pessoas por crimes não violentos, aplicar mais penas alternativas sem investir em monitoramento, aumentar penas e criminalizar mais condutas sem investir no aumento da produtividade policial e na capacidade de aprisionamento etc.

Políticas públicas de alta elasticidade, ou seja, com maior potencial de impacto sobre a criminalidade, são mais desejáveis do que políticas de baixa elasticidade, uma vez que otimizam o uso dos recursos orçamentários, minimizam o custo social e potencializam os benefícios no longo prazo.

Com base nas evidências empíricas que a literatura especializada tem colhido, uma política pública de alta elasticidade sobre a criminalidade para o Brasil incluiria as seguintes medidas:

a) aumento da capacidade de aprisionamento (construção de presídios e ampliação dos existentes¹³), para ganhos de incapacitação e de dissuasão;

b) aumento da qualidade do serviço prisional e redução da reincidência, com foco em crimes violentos e de alto dano patrimonial e em criminosos reincidentes;

c) redistribuição de recursos policiais ostensivos para privilegiar o policiamento estratégico (*hot spots* e POP), para ganho de dissuasão;

d) aumento do investimento em investigação criminal, para melhorar os indicadores de esclarecimento de crimes graves e, assim,

¹³ A Medida Provisória 781/2017 (BRASIL, 2017b) sinalizou nesse sentido.

interromper o efeito inercial de transferência de criminalidade para o futuro;

e) desaprisionamento para crimes praticados sem violência e sem danos patrimoniais expressivos¹⁴, com forte fiscalização e monitoramento de penas alternativas;

f) oferta de trabalho e estudo para todos os presos, para que possam acumular capital humano, reduzir o tempo de pena (remição) e não terem incentivos para reincidência;

g) incentivo fiscal para a contratação de presos e egressos, para reduzir o custo de oportunidade do crime;

h) incentivo fiscal para a contratação de jovens (fase da vida de maior envolvimento criminal), para reduzir o custo de oportunidade do crime e minimizar o efeito de deslocamento espacial do crime em resposta às mudanças no policiamento estratégico;

i) investimento prioritário na educação pré-escolar e fundamental, em razão do efeito inercial sobre a fase juvenil, da necessidade de acumulação de capital humano e aumento da produtividade do indivíduo e dos efeitos negativos sobre a desigualdade social, além de contribuir para o aumento da renda familiar (permite que ambos os pais trabalhem);

j) descriminalização do aborto, em razão do perfil de risco da família brasileira que tem optado pela interrupção da gravidez.

Com o fim de reduzir a criminalidade e os custos crescentes que ela impõe à sociedade, exige-se do Estado que priorize a eficiência sobre qualquer outro critério, especialmente em tempos de crise fiscal. A análise econômica do crime permite abstrair de questões de valor e torna-se ferramenta importante para a elaboração de políticas públicas, o que vai ao encontro de lição clássica de Weber (2008): na ação política vige a ética da responsabilidade, ou seja, o político deve ser julgado pelos resultados, e não pelas convicções.

Sobre o autor

Thiago Ivo Odon é doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasília, DF, Brasil; consultor legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: tiagoivo@senado.leg.br

¹⁴ A Resolução 181/2017, do CNMP, vai nesse sentido, ao propor o acordo de não persecução penal para crimes de menor gravidade, o que também ajuda a descongestionar a justiça criminal.

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁵

PUBLIC SECURITY AND ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME: THE DESIGN OF A STRATEGY TO REDUCE CRIME IN BRAZIL

ABSTRACT: The study reviews the literature on the economic analysis of crime and, based on it, offers ways to design a public security policy for Brazil. The study approaches some crime models and gathers the evidences that the specialized literature has found of the influence of some variables on criminality, like imprisonment, policing, income inequality, salary, education, demography, among others. Considering the current fiscal restraint in Brazil, it is fundamental to see law enforcement policies under the perspective of efficient allocation of resources. Public policies with greater potential to impact on crime should be prioritized, since they optimize the use of budgetary resources, minimize the social cost and potentiate the benefits in the long run.

KEYWORDS: PUBLIC SECURITY. ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME. EFFICIENCY. PUBLIC POLICY.

Como citar este artigo

(ABNT)

ODON, Tiago Ivo. Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 33-61, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p33>.

(APA)

Odon, T. I. (2018). Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 33-61. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p33

Referências

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia, 2009.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização – junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017a.

_____. Medida provisória nº 781, de 23 de maio de 2017. Altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, para dispor sobre a transferência de recursos financeiros do

¹⁵ Sem revisão do editor.

Fundo Penitenciário Nacional, e a Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007... *Diário Oficial da União – Edição Extra*, 23 maio 2017b.

CABRAL, M. V. de F. *Avaliação do impacto do Infocrim sobre as taxas de homicídios dos municípios paulistas: uma aplicação do método de diferenças em diferenças espacial*. 2016. 122 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

CERQUEIRA, D. *Causas e conseqüências do crime no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, 2014.

_____. Custo de bem-estar da violência e criminalidade no Brasil. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 11, p. 76-78, 2017.

CERQUEIRA, D.; MOURA, R. L. O efeito das oportunidades do mercado de trabalho sobre as taxas de homicídios no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 43., 2015, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Anpec, 2015. p. 1-20.

CERQUEIRA, D. et al. *Indicadores multidimensionais de educação e homicídios nos territórios focalizados pelo Pacto Nacional pela Redução de Homicídios*. Brasília: Ipea, 2016. (Nota técnica, n. 18).

CHALFIN, A.; MCCRARY, J. Criminal deterrence: a review of the literature. *Journal of Economic Literature*, [S.l.], v. 55, n. 1, p. 5-48, 2017.

CHETTY, R.; HENDREN, N.; KATZ, L. F. The effects of exposure to better neighborhoods on children: new evidence from the Moving to Opportunity project. *American Economic Review*, [S.l.], v. 106, n. 4, p. 855-902, Apr. 2016.

CHIODA, L.; MELLO, J. M. P. de; SOARES, R. R. *Spillovers from conditional cash transfer programs: Bolsa Família and crime in urban Brazil*. Rio de Janeiro: Rede de Economia Aplicada, 2012. (Working paper, n. 24).

COHEN, J.; LUDWIG, J. Policing gun crime. In: LUDWIG, J.; COOK, P. J. (Ed.). *Evaluating gun policy: effects on crime and violence*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2003. p. 217-239.

CORMAN, H.; MOCAN, H. N. A time-series analysis of burglary, deterrence, and drug abuse in New York city. *American Economic Review*, [S.l.], v. 90, n. 3, p. 584-604, June 2000.

D'ALESSIO, S. J.; STOLZENBERG, L. Crime, arrests, and pretrial jail incarceration: an examination of the deterrence thesis. *Criminology*, [S.l.], v. 36, n. 4, p. 735-761, 1998.

DAVIS, M. L. Time and punishment: an intertemporal model of crime. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 96, n. 2, p. 383-390, Apr. 1988.

DRACA, M.; MACHIN, S.; WITT, R. Panic on the streets of London: police, crime, and the July 2005 terror attacks. *American Economic Review*, [S.l.], v. 101, n. 5, p. 2.157-2.181, Aug. 2010.

DURLAUF, S. N.; NAGIN, D. S. Imprisonment and crime: can both be reduced?. *Criminology and Public Policy*, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 13-54, 2011.

ECK, J. E.; MAGUIRE, E. R. Have changes in policing reduced violent crime?: an assessment of the evidence. In: BLUMSTEIN, A.; WALLMAN, J. (Org.). *The crime drop in America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 207-265.

EHRlich, I. Participation in illegitimate activities: a theoretical and empirical investigation. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 81, n. 3, p. 521-565, May/June 1973.

FAJNZYLBER, P.; LEDERMAN, D.; LOAYZA, N. *Determinants of crime rates in Latin America and the world: an empirical assessment*. Washington, DC: The World Bank, 1998.

FERREIRA, S. G. Combatendo a armadilha da pobreza. In: GIAMBIAGI, F.; ALMEIDA JUNIOR, M. F. de. *Retomada do crescimento: diagnósticos e propostas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 223-234.

- GLAESER, E. L.; SACERDOTE, B.; SCHEINKMAN, J. A. Crime and social interactions. *Quarterly Journal of Economics*, [S.l.], v. 111, n. 2, p. 507-548, May 1996.
- HARCOURT, B. E. An institutionalization effect: the impact of mental hospitalization and imprisonment on homicide in the United States, 1934-2001. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 40, n. 1, p. 39-83, Jan. 2011.
- HARCOURT, B. E.; LUDWIG, J. Broken windows: new evidence from New York city and a five-city social experiment. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 73, p. 271-320, 2006.
- HARTUNG, G. C. *Ensaio em demografia e criminalidade*. 2009. 109 f. Tese (Doutorado em Economia) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.
- HECKMAN, J. J. Skill formation and the economics of investing in disadvantaged children. *Science*, [S.l.], v. 312, p. 1.900-1.902, June 2006.
- HELLAND, E.; TABARROK, A. Does three strikes deter?: a nonparametric estimation. *The Journal of Human Resources*, [S.l.], v. 42, n. 2, p. 309-330, 2007.
- İMROHOROGLU, A.; MERLO, A.; RUPERT, P. On the political economy of income redistribution and crime. *International Economic Review*, [S.l.], v. 41, n. 1, p. 1-25, Feb. 2000.
- JACOB, B.; LEFGREN, L.; MORETTI, E. The dynamics of criminal behavior. *Journal of Human Resources*, [S.l.], v. 42, n. 3, p. 489-527, 2007.
- JOYCE, T. Did legalized abortion lower crimes?. *Journal of Human Resources*, [S.l.], v. 39, n. 1, p. 1-28, 2004.
- KUME, L. Uma estimativa dos determinantes da taxa de criminalidade brasileira: uma aplicação em painel dinâmico. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 32., 2004, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Anpec, 2004. p. 1-16.
- LEVITT, S. D. Juvenile crime and punishment. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 106, n. 6, p. 1.156-1.185, Dec. 1998.
- _____. Understanding why crime fell in the 1990s: four factors that explain the decline and six that do not. *Journal of Economic Perspectives*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 163-190, 2004.
- LEVITT, S. D.; DUBNER, S. J. *Freakonomics: a rogue economist explores the hidden side of everything*. New York: Harper Collins Publishers, 2005.
- LOCHNER, L.; MORETTI, E. The effect of education on crime: evidence from prison inmates, arrests, and self-reports. *American Economic Review*, [S.l.], v. 94, n. 1, p. 155-189, Mar. 2004.
- MCCRARY, J. Dynamic perspectives on crime. In: BENSON, B. L.; ZIMMERMAN, P. R. (Ed.). *Handbook on the economics of crime*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 82-108.
- MULLAINATHAN, S.; SHAFIR, E. *Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações*. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.
- NADANOVSKY, P. O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1.859-1.864, ago. 2009.
- ODON, T. I. *Tolerância zero e janelas quebradas: sobre os riscos de se importar teorias e políticas*. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016. (Texto para discussão, n. 194).
- OKUN, A. M. *Equality and efficiency: the big tradeoff*. Washington, DC: The Brookings Institution, 2015.
- PESSOA, M. de S. Violência urbana e segurança: uma agenda nacional. In: GIAMBIAGI, E.; ALMEIDA JUNIOR, M. F. de. *Retomada do crescimento: diagnósticos e propostas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 235-258.

SACHSIDA, A.; MENDONÇA, M. J. C. de. *Evolução e determinantes da taxa de homicídios no Brasil*. Brasília: Ipea, 2013. (Texto para discussão, n. 1.808).

SANTOS, M. J. dos; KASSOUF, A. L. Estudos econômicos das causas da criminalidade no Brasil: evidências e controvérsias. *Revista Economia*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 343-372, maio/ago. 2008.

_____. *A cointegration analysis of crime, economic activity, and police performance in São Paulo city*. São Paulo: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2013. (Texto para discussão, n. 11).

SILVEIRA, A. et al. Impacto do programa Fica Vivo na redução dos homicídios em comunidade de Belo Horizonte. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 496-502, 2010.

SILVEIRA NETO, R. M. et al. Avaliação de política pública para redução da violência: o caso do programa Pacto pela Vida do estado de Pernambuco. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 41., 2013, Foz do Iguaçu. *Anais... Foz do Iguaçu*: Anpec, 2013. p. 1-17.

SULIANO, D. C.; OLIVEIRA, J. L. Avaliação do programa Ronda do Quarteirão na região metropolitana de Fortaleza (Ceará). *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 52-67, 2013.

SUTHERLAND, E. H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

WACQUANT, L. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, M. A política como vocação. In: _____. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 97-153.

Dever de consensualidade na atuação administrativa

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

MARCÍLIO DA SILVA FERREIRA FILHO

Resumo: O presente artigo tem a finalidade de enfrentar uma problemática emergente no âmbito da consensualidade *stricto sensu* (concerção administrativa) envolvendo o Estado: existe um dever de terminação consensual de conflitos pela administração pública? Apesar das discussões existentes, a negociação administrativa virou prática recorrente nos mais diversos ramos do Direito (Administrativo, Ambiental, Tributário etc.), tendo suscitado o surgimento, inclusive, de um novo modelo de administração pública consensual, partindo especialmente das mudanças legislativas e das noções econômicas das últimas duas décadas. Assim, pretende-se verificar se a tentativa de consensualidade passou a caracterizar um dever no âmbito do Estado ou, por outro lado, se é caracterizada como mera possibilidade a ser adotada de acordo com as políticas públicas estatais.

Palavras-chave: Consensualidade. Dever. Conciliação. Mediação. Arbitragem.

Introdução

Este artigo tem o propósito de enfrentar uma problemática emergente no cenário plural de questionamentos acerca da consensualidade *stricto sensu* envolvendo o Estado, comumente denominada de *concerção administrativa*. Como o próprio título sugere, a problemática envolve a investigação e a proposição de reflexões acerca da seguinte questão: existe obrigatoriedade administrativa de tentativa de solução consensual de conflitos envolvendo o Estado? Ou se trata de mera possibilidade, a ser adotada de acordo com a liberdade de escolha do agente público?

Recebido em 11/9/17
Aprovado em 17/10/17

Antes de iniciar, é preciso traçar duas delimitações no tema.

Em primeiro lugar, a consensualidade objeto da investigação diz respeito àquela de natureza *stricto sensu* (conciliação, mediação e arbitragem¹), também denominada doutrinariamente pelo termo *concertação administrativa*, isto é, a terminação consensual de conflitos. Não engloba, dessa maneira, a consensualidade em sentido amplo, como os acordos em geral (contratos, termos, parcerias etc.).

Em segundo lugar, a solução dos conflitos através da sistemática de *multiportas* não será tratada de maneira geral, envolvendo qualquer possível litigante perante o Poder Judiciário, tema afeto especialmente à processualística civil. O escopo do artigo, sob uma perspectiva mais restrita, envolve apenas os conflitos em que é parte a administração pública (entre particulares e o Estado ou entre órgãos e entidades administrativas, isto é, conflitos “interadministrativos”).

A *consensualidade* envolvendo a administração pública é tema que emerge na discussão jurídica atual, seja por uma releitura dos tradicionais paradigmas do Direito Administrativo, seja pela própria imposição prática que tem exigido uma atuação compatível com o caráter democrático do Estado de Direito e com as diretrizes decorrentes da releitura da supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais.

É fato que, apesar das restrições teóricas à realização de atos de disposição pela administração pública, a concertação administrativa passou a ser realidade na atuação dos entes estatais, inclusive contemplado em diplomas legais e em várias áreas do Direito (transações

¹ Aqui se incluiu a arbitragem pelo fato de que, embora seja uma espécie de “heterocomposição”, o ato inicial de instauração do processo depende de uma escolha consensual entre as partes envolvidas no litígio.

tributárias, administrativas, ambientais, econômicas etc.).

Essa mudança sistêmica do pensamento jurídico, passando a cultivar os meios de solução pacíficos de conflitos (edição de legislações próprias, normas fundamentais no novo Código de Processo Civil, modificação do pensamento doutrinário processual e administrativo e assim por diante) sobreleva, então, o questionamento do presente trabalho, justificando, portanto, a escolha do tema.

1. Consensualidade administrativa *stricto sensu* e sua contextualização

Em países de cultura jurídica anglo-saxônica, a consensualidade envolvendo o Estado não encontra tantos entraves teóricos. A razão disso é que o Direito Administrativo naqueles países, durante muito tempo, não era concebido como disciplina autônoma; o Estado submetia-se – quase que por completo – ao regramento aplicável indistintamente aos particulares.²

No entanto, nos países de cultura jurídica romano-germânica, especialmente naqueles em que a tradição do Direito Administrativo advém do pensamento francês, a consensualidade, no âmbito da administração pública, apenas passou a ter atenção da doutrina nacional e internacional recentemente. O motivo para tanto é que o Direito Administrativo, nesses países,

² Em tais países, a cultura jurídica é marcada pela subordinação da Administração ao Direito Comum. Amaral (2015, p. 92) explica que: “em consequência do *rule of law*, tanto o Rei como os seus conselhos e funcionários se regem pelo mesmo direito que os cidadãos anônimos (*the common law of the land*). O mesmo se diga das *local authorities*. Todos os órgãos e agentes da administração pública estão, pois, em princípio, submetidos ao direito comum, o que significa que por via de regra não dispõem de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública.”

foi erigido sob as bases das teorias francesas do Estado, em que prevaleceram concepções como a da *puissance publique*, cujo expoente é Maurice Hauriou.³

A Escola da *puissance publique* [poder-autoridade público] sempre se pautou pela noção de *poderes administrativos* numa relação de *verticalidade*, em que a administração pública apresenta características de atuação pautadas pela unilateralidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Por outro lado, a noção de *consenso* com a participação do Estado – dispondo parcialmente de um interesse seu posto em jogo – conflitaria, segundo essa perspectiva, com o fundamento basilar da atuação administrativa.⁴

Ao longo do tempo, o desenvolvimento de modelos jurídicos estatais e filosofias econômicas (liberal, social-desenvolvimentista, regulatória, neoliberal, entre outras), especialmente motivado pelas crises econômicas e institucionais, impulsionou transformações no Direito Administrativo (ou, mais adequadamente, no Direito do Público) como um todo.

Atualmente, vários são os instrumentos tradicionais do Direito Administrativo objeto de reflexão e releitura, tais como: os limites da discricionariedade administrativa;⁵ os modelos de parceria público-privada (englobando aqui os mais variados tipos de relação, inclusive com o terceiro setor);⁶ a nova compreensão do princípio da legalidade, enfrentando, inclusive, a inserção pretensamente substitutiva da noção de juridicidade;⁷ a releitura conceitual do *interesse público* e as formas de participação dos usuários nos processos decisórios administrativos;⁸ um novo perfil da administração pública pautada na *eficiência*;⁹ a interpretação dos princípios administrativos como norma jurídica, em especial a incidência do princípio da impessoalidade de maneira diferenciada;¹⁰ e também – sem exclusão de outros – a própria possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos.

Nesse sentido, a ausência – muitas vezes – de *efetividade* do ato administrativo unilateral e, conseqüentemente, de concretização do in-

³ Ver Hauriou (1933).

⁴ Como se verá adiante, a noção de indisponibilidade do interesse público, impregnada na doutrina administrativista oitocentista, resultava na perspectiva de impossibilidade de realização de atos consensuais em substituição aos atos administrativos, dada o caráter impositivo destes.

⁵ Ver Guerra (2015, p. 133-229).

⁶ Ver Di Pietro (2015, p. 5-23).

⁷ Ver Otero (1963, p. 893-950).

⁸ Ver Baptista (2003, p. 120-180).

⁹ Ver Miragem (2013, p. 56-99).

¹⁰ Ver Zago (2001, p. 294-344).

teresse público, fez surgir a reflexão sobre a necessidade de adotar-se a consensualidade como prática administrativa. Embora a imposição decorrente da vontade estatal garanta a existência do vínculo jurídico (afinal, a relação jurídica surge pelo ato administrativo), pode ela vir a falhar no que concerne ao cumprimento pelo administrado, à agilidade e à qualidade no atendimento das necessidades públicas. Afinal, como dito por García de Enterría e Fernández (2014, p. 672): “O ato unilateral garante eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração”.

Tanto é assim que, atualmente, há constante menção doutrinária à figura de um *Estado consensual*, pautado por um novo perfil. Segundo Moreira Neto (2011, p. 142-143), tal Estado fundamenta-se numa filosofia que considera um

perfil estatal em um mundo globalizado, [que] alude à figura do Estado consensual, que é pautado pela procura constantemente da solução negociada de seus conflitos, pois o diálogo entre sociedade e administração pública viabiliza com mais chances o cumprimento espontâneo das decisões consensuais, na medida em que há a concordância das partes envolvidas, reforçando, inclusive, a sua legitimidade.

De um ponto de vista pragmático¹¹, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente.

Baptista (2003, p. 262-267), tratando das transformações do Direito Administrativo, aponta que a consensualidade representa uma mudança de paradigma decorrente do abandono da distinção absoluta, rígida e dual entre *interesse público* e *interesse privado*, passando a admitir uma parceria entre Estado e administrados. Foi nesse cenário, então, incentivado também pela maior participação dos administrados nas decisões administrativas, que a consensualidade passou a ganhar força como instrumental à disposição do Estado. Chega-se a falar, inclusive, numa *fuga* do Direito Administrativo *para* o Direito Privado em busca de soluções para seus problemas estruturais.

¹¹ Utiliza-se aqui o termo “pragmático” no sentido do *pragmatismo cotidiano* suscitado por Posner (2010), valendo-se dos dados à disposição, que apontam para a vantagem dos atos consensuais quando adotados pela administração pública em toda a sua conjuntura.

Nessa toada, a autora enfatiza ainda os benefícios da atuação consensual, citando, a título de exemplo: (i) maior *eficiência* na concretização do interesse público; (ii) maior *transparência* na atuação administrativa; (iii) maior *legitimação* na atuação da autoridade administrativa, na medida em que haverá maiores chances de cooperação no cumprimento pelo particular. As vantagens da consensualidade no âmbito administrativo são também evidenciadas quando se analisa que a administração pública se configura como um dos principais clientes do Poder Judiciário,¹² participando ativamente de uma elevada quantidade de litígios, com altos custos e burocracia, o que torna, inclusive, o Judiciário brasileiro um dos mais caros do mundo.¹³

Vários são os fatores que levam a Fazenda Pública a figurar em litígios no âmbito do Poder Judiciário: (i) sua grande estrutura, representada pelo âmbito federal, estadual (26 entes) e municipal (5.570 municípios), além das pessoas integrantes da administração indireta (autarquias, fundações públicas e privadas, bem como as sociedades de economia mista e empresas públicas); (ii) uma crescente judicialização das políticas públicas; (iii) a ausência de processo dialógico entre administrados e Administração; (iv) rigidez do vínculo de sua atuação à legalidade; (v) uma cultura de afastamento das soluções consensuais entre administrado e administração etc.

Como a Fazenda Pública é um dos partícipes com maior quantidade de litígios perante o Poder Judiciário, cabe-lhe – em cooperação

com os demais órgãos públicos – atuar para solucionar os problemas decorrentes do gargalo judicial e da concretização de direitos.

A *consensualidade* em outros países é considerada instrumento admissível e conta com previsões legais expressas, em boa parte caracterizada por uma autorização genérica. É o que ocorre, a título de exemplo, no Direito italiano (*Legge* de 7 agosto 1990, n. 241) (ITALIA, 1990), no Direito espanhol (*Ley* 30/1992, art. 87 e 88) (ESPAÑA, 1992), no Direito norte-americano (*Administrative Dispute Resolution Act, Section* 571 a 581) (UNITED STATES, 1996) e no Direito alemão (*Verwaltungsverfahrensgesetz* – Lei de Procedimento Administrativo, § 54 e seguintes) (DEUTSCHLAND, 1976).

No Brasil, a consensualidade não tem registros históricos normativos longínquos. Apesar de ser mencionada a possibilidade de arbitragem em atos comerciais há muito tempo (v. g. Código Comercial de 1850, arts. 245 e 294) (IMPÉRIO DO BRASIL, 1850), os acordos diretos, a conciliação e a mediação sequer foram tratadas no Código de Processo Civil antecedente ou em legislações específicas durante suas respectivas regências. A própria arbitragem só chegou a ser sistematizada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), sem, no entanto, apresentar dispositivos acerca da sua aplicabilidade à administração pública, o que só ocorreu por meio da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015b).

O novo Código de Processo Civil (CPC), de 16 de março de 2015, em seu art. 174, inovou no assunto ao prever que os entes federativos “criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (BRASIL, 2015a). Interessante perceber que o texto do diploma legal utilizou o verbo no futuro do presente, mas com valor semântico de

¹² A quantidade excessiva de processos que entram no Poder Judiciário pode ser inferida com base nos dados divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016).

¹³ O Brasil supera países desenvolvidos e subdesenvolvidos em relação aos custos do Poder Judiciário, tais como Venezuela, Alemanha, Portugal, Chile, Colômbia, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina e Espanha (DA ROS, 2015).

imperativo (“*criação*”), dando a entender que se trata de *um dever* a instituição das referidas Câmaras.

Em seu art. 32, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, editada pouco depois para regulamentar a mediação no âmbito da administração pública, previu que os *entes federativos* “*poderão* criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, *no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver*” (BRASIL, 2015c, grifos nossos). O texto dá a entender que se trataria de uma faculdade.

Uma *interpretação corretiva*, tendente à *conservação* dessas duas normas (BOBBIO, 1999, p. 102-105), não afasta a *obrigação* da administração de *instituir* suas *câmaras de mediação e conciliação*; o legislador não se valeu da mesma forma verbal impositiva tão só porque se sabe que nos Municípios não há obrigação legal de um órgão de advocacia pública – diferentemente da União e dos Estados membros, em que tais órgãos são uma *injunção constitucional*.

Além disso, os três incisos do art. 174 do CPC repetem-se nos três incisos do art. 32 da Lei nº 13.140/2015, de modo que, quando ocorrer a obrigatória instituição de *câmaras de mediação e conciliação no âmbito dos órgãos de advocacia pública* federal, estadual e distrital, elas exercerão a *competência* para “II – *avaliar a admissibilidade* dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de *composição*, no caso de *controvérsia* entre *particular e pessoa jurídica de direito público*” (BRASIL, 2015a, 2015c, grifos nossos), o que não poderia mesmo ser diferente, pois que tais órgãos detêm a reserva constitucional para a consultoria e o assessoramento da administração pública (art. 131 e 132) (BRASIL, 1988).

A mesma conclusão alcança aqueles Municípios que apresentarem procuradorias

públicas; ou seja, não são obrigados a criar órgãos de advocacia pública, mas, se o fizerem, terão a *obrigação* de instituir *câmaras de mediação e conciliação no âmbito* desses órgãos.

A consensualidade, nos dois diplomas normativos, é tratada como *prioritária* na resolução de conflitos. O próprio CPC, ao estabelecer as normas fundamentais do Processo Civil (Capítulo I), dispõe imperativamente, em seu art. 3º, § 2º, que “O *Estado promoverá*, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a, grifos nossos). Complementando-o, o § 3º do mesmo artigo prescreve que “A conciliação, a mediação e outros métodos de *solução consensual* de conflitos *deverão ser* estimulados por juízes, *advogados*, defensores públicos e membros do Ministério Público, *inclusive* no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015a, grifos nossos). Registre-se que as normas do CPC são aplicáveis ao processo administrativo por força do seu art. 15, dado que as leis específicas federais (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) (BRASIL, 1999) e estaduais (Lei estadual nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, no Estado de Goiás) (GOIÁS, 2001) que regulam o processo administrativo *não* tratam da solução mediada, conciliada ou arbitrada de conflitos.

Há, portanto, uma escolha consciente em estabelecer uma *ordem preferencial* entre as formas de solução dos conflitos (sistema multipartas), em que pese o modelo brasileiro de consensualidade ser pautado por normas esparsas (PALMA, 2015, p. 236), especialmente no campo administrativo. Nesse sentido, apesar de não ser afastada a apreciação judicial em todos os casos (princípio da inafastabilidade de jurisdição), há *preferência* pela conciliação, mediação e outros métodos de *solução consensual* de conflitos. Não havendo êxito, prefere-se a arbitragem (que, apesar de nascer de um ato consensual, caracteriza-se, ao fim, como

uma espécie de “heterocomposição”), para, apenas em último caso, recorrer-se à típica jurisdição estatal.

Essa sistemática do ordenamento jurídico aponta, pois, a indicação de uma *preferência* na forma de solução dos conflitos. A indagação que poderia surgir é se tal preferência seria aplicável apenas aos conflitos privados ou se abrange também aqueles com participação da administração pública. Nesse aspecto, o art. 3º, § 2º, do CPC não faz qualquer distinção, não cabendo ao interprete substituí-lo (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), sendo corroborada pelo *caput* do art. 174 do CPC a interpretação de que tal preferência também alcança os conflitos que envolvam a administração pública.

Desse modo, pode inferir-se que a *preferência* pela busca da solução consensual de conflitos abrange também as disputas administrativas, não apenas as de natureza privada. O problema surge, no entanto, quando se utiliza um discurso hermético do interesse público como limitador de toda e qualquer atuação consensual.

2. Hermenêutica do Direito e inserção do interesse público na problemática

A Hermenêutica do Direito passou por variações de perspectivas e teorizações, mantendo-se em aberto uma discussão secular entre os que defendem uma atuação mais restrita ao texto legal (interpretacionistas)¹⁴ e os que defendem a norma como construção humana que perpassa uma análise entre fato e texto num processo intelectual-constutivo, permitindo, portanto, maior liberdade na atuação do intérprete e maiores influências externas (ideológica, pragmática, institucional etc.) na conclusão inferida a partir do caso analisado (não interpretacionistas).¹⁵

Com a variação de perspectivas na Hermenêutica do Direito – especialmente em decorrência da evolução de visões sobre o próprio Direito (historicismo, jurisprudência dos conceitos, positivismo lógico etc.) –, as discussões e divergências não se findaram (LARENZ, 2014, p. 6-258). Porém, em alguns aspectos, o pensamento *metodológico* resulta num consenso parcial, cabendo aqui salientar dois pontos que aparecem recorrentemente nos livros de hermenêutica.

¹⁴Defendendo uma atuação mais restrita do judiciário em virtude da análise de legitimidade das decisões (e focando na garantia do processo de representação e nos direitos das minorias no Parlamento), apesar de não totalmente preso às cláusulas textuais da Constituição, ver Ely (2010).

¹⁵Partindo de uma concepção distintiva entre texto e norma, mas buscando um parâmetro mínimo vinculativo da atuação do intérprete (por meio da prudência, por exemplo), ver Coelho (2011) e Grau (2016).

Um primeiro ponto relevante é a afirmação de que a busca da verdade (ou melhor, de *uma* única verdade) é algo inalcançável pelas *ciências do espírito* (quicá pelas *ciências da natureza*), como propugnado por Gadamer (1997, p. 39-47). A desmistificação de que o intérprete seria mero aplicador – por um processo de subsunção do fato à norma – tornou-se consenso na doutrina, que ressalta o papel construtivista do juiz,¹⁶ limitado, de certa forma, em decorrência do giro linguístico (*linguistic turn*) que tem ganhado força nesse campo.

Nesse cenário, o Direito Administrativo mostra-se peculiar na adequação ao novo pensamento hermenêutico. É que sua caracterização, na maioria dos países, é pautada pela descodificação, heterogeneidade de diplomas legais e, o que é mais importante, pela ideia de vinculação à lei (princípio da legalidade) com uma noção mais restritiva do que aquela aplicada aos particulares, sendo comum a menção à necessidade de uma interpretação rígida dos textos legais. E muitos são os fundamentos argumentativos utilizados para defender essa óptica acerca da legalidade, entre eles a exigência de atendimento ao interesse público.¹⁷

O surgimento do Estado de Direito deu-se em reação ao do Estado absolutista. No absolutismo, preponderou a ideia de divindade do Rei ou Príncipe, em que sua vontade prevalecia como algo irretocável, inclusive sem responder por eventuais danos causados a terceiros.¹⁸ A queda do absolutismo representou uma ruptura ideológica no ordenamento jurídico e a atuação administrativa seria, a partir dali, pautada pela atuação responsável dos seus atos, vinculada à noção de interesse público. Conforme as lições de Ferraz Junior (2011, p. 148), a submissão do Estado ao Direito representa, nesse contexto, uma garantia de integridade aos direitos e uma limitação à atuação abusiva dos governantes.

¹⁶ Freitas (2010, p. 320-321), tratando da Hermenêutica no campo constitucional, afirma que é “mister reconhecer o papel constitutivo e fecundo do intérprete, especialmente do intérprete-juiz, na geração da identidade e na decifração do sistema. Em suma, o sistema é o resultante direto do trabalho hermenêutico e profundamente humano do intérprete. Não por acaso, observa-se que o sistema constitucional pode, sem alteração legislativa, experimentar progressos ou retrocessos, em face da qualidade dos agentes que efetuam o controle difuso ou concentrado”.

¹⁷ A vinculação da administração pública à lei é uma noção decorrente do Estado de Direito, advinda da necessidade de limitar o poder do governante, anteriormente ilimitado no Estado absolutista. Todavia, a interpretação de vinculação à legalidade apresenta variantes no tempo e no espaço, sendo observados modelos distintivos, inclusive no que concerne à relação entre lei e regulamento (ver a separação de competências estabelecidas na Constituição francesa de 1958 (FRANCE, 1958)). Na atualidade, tem-se consolidado na doutrina a substituição da ideia de *legalidade rígida* pela noção de *juridicidade*, em que o Estado não fica mais vinculado à lei em sentido formal, mas sim ao Direito como um todo. Nesse sentido, ver Otero (1963).

¹⁸ Nesse período anterior ao Estado de Direito, prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado, pautada em premissas, *Le Roi ne peut mal faire* e *The King can do no wrong*, que representam a mesma diretriz de irresponsabilidade pelos atos estatais.

Max Weber (1976: 815) identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização *racional* de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 148).

O interesse público desprende-se da vontade dos governantes (Estado absolutista) para vincular-se a uma noção mais plural, representando a *proteção jurídica dos administrados por meio da lei* (Estado de Direito/Estado Legal). A ideia de interesse público, por conseguinte, surgiu logo após a era das revoluções (Revolução Gloriosa, Francesa e Americana), pautada na noção de Estado de Direito, cuja distinção entre público e privado se mostrava imprescindível *para limitar a atuação estatal*.¹⁹

O interesse público passa a ser mencionado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, seja por meio de disposição constitucional expressa, tal como na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 266^o)²⁰ e na Constituição Espanhola de 1978 (Preâmbulo),²¹ seja por meio de construção legislativa e/ou doutrinária. Na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), editada no bojo da Revolução Francesa pouco antes da primeira Constituição (1791), há disposições que mencionam essa quebra de paradigma e a ideologia impregnada pela noção de interesse público, mas com outras denominações, como “utilidade comum” (art. 1^o), “vontade geral” (art. 6^o), “ordem pública” (art. 10^o) e “necessidade pública” (art. 17^o).

No ordenamento jurídico brasileiro, o interesse público também foi posto como fundamento do Estado (embora seja princípio não ins-

¹⁹ Medauar (1992, p. 179-180) explica: “A noção de interesse público começou a ser utilizada após a Revolução francesa; acreditando no poder da razão, os revolucionários tentavam explicar, de modo racional, a finalidade de sua ação; o interesse público era argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado. Liga-se à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX; ao poder público cabia zelar pelo interesse público; ao particular, o âmbito privado, e, pois, o que se referia ao interesse privado”.

²⁰ “Artigo 266^o Princípios fundamentais. 1. A administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (PORTUGAL, 1976).

²¹ “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...] Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular” (ESPAÑA, 1978).

crito expressamente na Constituição), fundamentando toda a atuação da administração pública (KRELL, 2013, p. 126), muito embora não se encontre a utilização do termo de maneira expressa em qualquer dos artigos constitucionais (ainda que possam ser encontradas expressões semelhantes nos artigos 218, § 1º, 173, 184, entre outros). Verificam-se algumas menções nas legislações infraconstitucionais de maneira mais direta, de que é exemplo a Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), em seu art. 2º, *caput*; porém, a Constituição não dedica um dispositivo específico para tanto. A despeito dessa ausência de disposição expressa, o interesse público é mencionado em praticamente toda a literatura jurídica brasileira, com base num contexto interpretativo da conjuntura textual das cláusulas constitucionais.

Esse contexto, então, pode ser identificado pela seguinte dualidade: de um lado, a Hermenêutica do Direito aponta para um processo construtivo do intérprete, em que há margem de liberdade na construção da norma jurídica, limitado por um processo linguístico-argumentativo; de outro lado, no campo da administração pública, existe uma exigência rígida de atendimento à legalidade, mediada pela diretriz do interesse público, caracterizado pelas noções tradicionais de *supremacia*²² e *indisponibilidade*²³.

Essa ausência de um tratamento pormenorizado do interesse público legou à doutrina uma construção teórica a seu respeito. Dada a ausência de texto legal tratando dos efeitos do seu desrespeito e sua eficácia sobre a atuação administrativa, a hermenêutica permitiu algumas construções teóricas, a exemplo do atual debate acerca da qualificação do interesse público como *princípio* jurídico.

Em síntese, a ideia de *supremacia* do *interesse público* foi estabelecida na base do Direito Administrativo brasileiro e considerou-o, num nível hierárquico, acima dos interesses privados, embora não totalmente desvinculado destes. Assim, no conflito entre interesses privados e públicos, deveria incidir a ideia de supremacia do último.

Relacionada à ideia de supremacia, construiu-se também a noção de *indisponibilidade* do *interesse público* com fundamento na ideia de que não cabe ao *administrador* fazer valer seu interesse privado em detrimento do público, devendo a este sempre se vincular. A ideia de

²² Ver Mello (2008, p. 96-99) e Di Pietro (2011, p. 65-68).

²³ Segundo Siqueira (2016, p. 195), “A indisponibilidade do interesse público, elemento de destaque no regime jurídico administrativo contemporâneo, não é texto exposto nas disposições da Constituição de 1988, nem por isso, todavia, carece de proteção jurídica. Inúmeros são os dispositivos normativos que direcionam ao gestor da Administração a impossibilidade de dispor da coisa pública como bem entenda. As restrições direcionadas à venda de bens públicos, às reformas ou modificações em patrimônio público, as cláusulas contratuais obrigatórias, dentre outras, são reflexos da ideia de indisponibilidade do interesse público.”

indisponibilidade, ademais, impedia a disposição sobre atos administrativos.

Em que pese a menção substancial dessas noções na qualidade de *princípios* jurídicos aplicáveis à administração pública na literatura jurídica brasileira, a sua desconstrução ou reconstrução tem entrado na pauta dos artigos científicos e livros que investigam as transformações do Direito Público.²⁴ Defende-se uma nova óptica, no sentido de que não haveria um princípio como norma impositiva pôr o interesse público acima dos demais.²⁵ Mesmo que houvesse, *não* seria *absoluto*, havendo que ser *sopesado* caso a caso quando em *colisão*²⁶ com o expresso *princípio da eficiência* (art. 37) (BRASIL, 1988).

Prefere-se pensar como Miragem (2013, p. 50), para quem o interesse público não se dissipou no contexto jurídico atual, mas ganhou nova visão, pautada na adequação temporal e, especialmente, no processo de constitucionalização dos direitos. O grande desafio, segundo o autor, não é a desqualificação do interesse público, “mas o estabelecimento de critérios para sua precisão” (MIRAGEM, 2013, p. 50).

A despeito dessa discussão, ainda inacabada, um ponto importante e que se sobressai nessas categorizações é que o interesse público é considerado – mesmo pelos que defendem a ideia de supremacia e indisponibilidade – como algo *intertemporal*, que se modifica de acordo com as necessidades e adequações dos seus destinatários. Destaca Mello (2010, p. 182) que

o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

²⁴Sarmento (2012, p. 143) afirma que a perspectiva estatal da atualidade deve seguir uma cultura de proteção de direitos humanos e uma espécie de patriotismo constitucional, já que a noção de coletividade não há como ser constituída sem que o Estado respeite profundamente os direitos dos seus cidadãos.

²⁵Defensor desta posição, Ávila (2007, p. 29) entende que a releitura do princípio da supremacia do interesse público importa em duas consequências: “Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito Brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”.

²⁶Ver Alexy (2008, p. 93-99). No mesmo sentido, ver Silva (2010, p. 170-179).

Uma interpretação conceitual do interesse público, nesse sentido, é construída de acordo com cada contexto, sendo objeto de modificação no tempo. Não há como se conceber o interesse público de maneira prévia e abstrata, sem levar em consideração a avaliação concreta de cada caso, mediante uma avaliação participativa entre gestor público, órgãos de controle e sociedade. Nesse processo interpretativo, é importante a ideia de que a construção da norma decorre de um processo participativo plural, a partir de uma noção de sociedade aberta, contida nas lições de Härbele (1997, p. 13).

Dito isso, a conclusão a que se chega é que o interesse público, no contexto atual, *não deve ser* concebido – especialmente do ponto de vista retórico – como um óbice absoluto à consensualidade administrativa. O campo construtivista do Direito ainda admite uma edificação hermenêutica para viabilizar a compatibilização da necessidade do Estado e das necessidades da sociedade em face do Direito.

Afinal, a consensualidade é uma prática recorrente na solução dos problemas pelo Estado, especialmente em decorrência da exigência constitucional de *eficiência* (art. 37, *caput*) (BRASIL, 1988) e das diversas políticas públicas incumbidas pela CRFB ao Poder Público. As vantagens de uma administração pública fundada na consensualidade não podem ser ignoradas por uma limitação argumentativa pautada num interesse público maniqueísta, sem considerar as minúcias, dados e informações instrumentais que favorecem esse tipo de atuação, com enfoque nas exigências atuais de legitimidade da atuação administrativa. Segundo Souza (2012, p. 36): “A implementação de mecanismos consensuais de solução de controvérsias se insere na visão de que o acesso à justiça é fundamental para o desenvolvimento de um país e a realização dos direitos básicos dos seus cidadãos”.

Até mesmo no campo do Direito Tributário, em que existe um entrave argumentativo maior à transação (especialmente em virtude das restrições da legalidade estrita para a exigência de tributos), os estudos sobre a matéria apontam para a sua possibilidade, inclusive com a indicação de suas vantagens e adequações.²⁷

Após defender a *inexistência* do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como pensado inicialmente, França (2013, p. 61-62) aduz que atualmente a noção relacional entre público e privado advém muito mais da exigência de *legitimidade* na interação entre as forças existentes do Estado.

Mesmo na doutrina francesa de Rivero (1981, p. 16), encontramos menção à importância da técnica da consensualidade. Embora não tratando especificamente da concertação administrativa, o autor – após apontar o interesse público como motor da atuação administrativa e, especialmente, como justificador das prerrogativas estatais existentes – afirma que “o recurso a estes processos autoritários nem sempre é necessário; quando a vontade da Administração, na prossecução do interesse geral, vai ao encontro da do particular, pode utilizar a técnica do contrato” (RIVERO, 1981, p. 16). É bem verdade, no entanto, que o autor salienta o fato de a prática ser muito mais frequente na atuação unilateral.

Nesse sentido, é contraditório aceitar um contexto em que há exigência de modernização e atualização, segurando-se em conceitos jurídicos antigos, sem suas devidas adequa-

²⁷ Nesse sentido, ver Gama (2007, p. 267-274), Severini (2009) e Buíssa e Bevilacqua (2015). Neste último artigo, conclusão interessante é a afirmação de que: “A partir da sincronização dos princípios da legalidade, eficiência administrativa, igualdade tributária e da livre concorrência, o interesse público restará plenamente atendido em prol não só das burras do Fisco, mas, sobretudo, da liberdade do contribuinte em ver-se não só adimplente com seus deveres perante o Fisco, mas em usufruir um harmônico ambiente de colaboração fiscal e livre concorrência” (BUÍSSA; BEVILACQUA, 2015, p. 53).

ções. Assim é que Di Pietro (2015, p. 331), tratando do paradoxo no Direito brasileiro para a adequação da administração pública à nova filosofia consensual, acentua:

Verifica-se um grande paradoxo no direito brasileiro.

Procuram-se os meios privados de atuação da administração pública, porque se entende que o regime jurídico a ela imposto pelo direito positivo impede seu funcionamento adequado. Como se fala em modernização e eficiência da administração pública, tem-se que deduzir que a mesma é vista hoje como antiquada, ultrapassada e ineficiente, na consecução dos fins tutelados pelo Estado.

No entanto, paradoxalmente, ao invés de procurar flexibilizar os meios de atuação da administração pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram, prefere-se manter a rigidez do direito positivo e a procura de formas paralelas à margem desse mesmo direito. Por outras palavras, o direito positivo é bom como fachada, como norma escrita, como direito posto, mas ruim como direito aplicado.

Desse modo, por ser um *conceito intertemporal*, o interesse público deve ser adequado à nova realidade do Estado, mediante uma composição consensual, que deve ser estudada e sistematizada à luz do seu novo contexto e das novas exigências sociais.

3. Obrigatoriedade de uma atuação consensual à luz da nova sistemática jurídica

Visto que o interesse público é uma diretriz impositiva da atuação administrativa – inclusive tratado por alguns como princípio jurídico –, passa-se então a trazer reflexões especificamente sobre a indagação formulada no início.

Em princípio, não existiria, *ad argumentandum tantum*, no ordenamento jurídico brasileiro, um texto contido em diploma constitucional, legal ou regulamentar que estipulasse expressamente um *dever jurídico* de promover uma avaliação e mesmo uma tentativa de *resolver consensualmente* as disputas envolvendo o Estado. A diretriz do dever, no entanto, decorre da interpretação do ordenamento jurídico (partindo de uma concepção construtivista do Direito) e da nova perspectiva dada à noção de interesse público que vincula a atuação administrativa do Estado a uma atuação consensual, mais compatível com os primados do Estado Democrático de Direito.

Poder-se-ia argumentar que, dada a ausência de texto expresso nesse sentido, uma atuação prioritária consensual apresentar-se-ia como

medida discricionária, a ser adotada de acordo com a política pública do ente administrativo interessado. Para chegar ou não a essa conclusão, a análise deve perquirir um pouco além, considerando especialmente a evolução conceitual da *discricionariedade* e seu tratamento no contexto das transformações do Direito Público.

O conceito de *mérito* administrativo – relacionado ao de discricionariedade – foi trabalhado, no âmbito nacional, por Fagundes (1967, p. 149-150), fundamentado na doutrina italiana, revelando o binômio da *conveniência* e *oportunidade* que caracteriza a decisão facultada. O instituto jurídico da discricionariedade foi, nesse sentido, incorporado ao Direito Administrativo brasileiro, estabelecendo-se como uma faculdade conferida ao gestor público de definir entre escolhas viáveis autorizadas pela lei, considerando a conveniência e oportunidade de diversos *meios* aptos para consecução de um *fim comum* previsto no ordenamento. Porém, mesmo esse autor já afirmava que ele deriva de *normas de boa administração*, a despeito de o mérito encontrar-se no sentido político do ato administrativo – portanto, não passível de substituição pelo juízo formulado no âmbito do Poder Judiciário. Haveria, então, uma orientação intrínseca ao ato, no sentido de que ele seja praticado de acordo com essas regras de boa conduta administrativa.

Há algum tempo, por outro lado, a discricionariedade *pura* (imune a diretrizes na tomada de decisão e não passível de “sindicabilidade” por outros órgãos) tem sido rejeitada pela doutrina administrativista.

Freitas (2009, p. 22-23), enfrentando a questão da mutação no conceito de discricionariedade em face das exigências constitucionais, chega a defender a existência de um *direito fundamental à boa administração*, constituída em um conjunto de direitos: (i) direito à

administração pública *transparente*; (ii) direito à administração pública *dialogica*; (iii) direito à administração pública *imparcial*; (iv) direito à administração pública *proba*; (v) direito à administração pública respeitadora de uma *legalidade temperada*; (vi) direito à administração pública *preventiva, precavida e eficaz* (não apenas eficiente).

Entre os consectários relacionados ao direito fundamental à boa administração pública, encontra-se a exigência relativa aos *princípios* da *prevenção* e da *precaução* – muitas vezes relacionados ao Direito Ambiental – mas que, segundo o autor, tem plena aplicabilidade no âmbito geral da gestão dos interesses pelo Estado.

Sem adentrar na sutil diferença entre a precaução e a prevenção (diferenciadas pelo grau de probabilidade em relação à ocorrência do dano), é interessante observar que, sob esse Direito Constitucional, “não se admite a inércia administrativa perante o dano previsível” (FREITAS, 2009, p. 100). Haveria, então, um *dever de atuação* para evitá-lo.

Tal dever decorre também da necessidade de observância do interesse público, que, como visto, não se esvaiu do ordenamento brasileiro, embora venha sofrendo constante releitura diante do processo de transformação do Direito Público.²⁸ Nesse sentido, o interesse

²⁸ Segundo Ferraz Junior (2011, p. 109): “A distinção entre direito público e privado não é apenas um critério classificatório de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos. Com sua ajuda, podemos, é verdade, classificar as normas, com seus diferentes tipos, em dois grandes grupos. O interesse da classificação, porém, é mais extenso. A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura. Esses princípios decorrem eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo, *tópico*, resulta da utilização de lugares-comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral”.

público vale também como limitador da atuação administrativa, já que orienta a prática dos atos administrativos.

Segundo Di Pietro (2012, p. 162), é de defender-se “a ideia de que o interesse público, ao invés de implicar, necessariamente, discricionariedade administrativa, constitui um dos princípios limitadores dessa discricionariedade”. Para a autora, “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*” (DI PIETRO, 2012, p. 162).

A discricionariedade também não se dissipou na doutrina administrativista brasileira, mas tem sido transformada para adequar-se às diretrizes do Estado Democrático de Direito, especialmente ao limitar a atuação facultativa dos governantes por meio de orientações específicas (regras, princípios, limitações éticas etc.). Assim, não mais se pode falar na existência de uma discricionariedade administrativa pura, sem *limitações e/ou orientações* decorrentes do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, por exemplo, Guerra (2012, p. 237) defende que a atuação administrativa deve pautar-se pela *reflexividade administrativa*, que serviria como uma imposição ao administrador na avaliação de *riscos* através de dois elementos: a prevenção e a mediação. Para o autor, o Estado deve postar-se como interlocutor dos diversos grupos de interesses e buscar a mediação para garantir legitimidade às suas decisões, “em um procedimento negocial e autorreferencial visando obter o consenso mediado” (GUERRA, 2012, p. 237).

Nesse sentido, o *interesse público* é um limitador da atuação administrativa e, por vezes, reduz as opções do administrador diante de situações concretas, em que emerge o dever de consensualidade, nos casos em que seja

admissível (art. 174, II, CPC), notadamente quando evidenciada uma vantagem para a administração pública. O interesse público não mais justifica uma discricionariedade administrativa ampla e ilimitada, mas sim reduz o campo de escolha do administrador para a decisão que, sob um ponto de vista de legitimidade, para além da necessária legitimação, deverá justificar-se.

Como aduz Krell (2013, p. 127), vários são os interesses públicos que surgem na análise das situações concretas e que acabam por vincular a atuação do administrador público, pelo menos a ponto de lhe exigir uma legitimação da sua atuação, por meio, por exemplo, da motivação, da publicidade dos atos etc. O autor afirma que o interesse público

não se trata de uma expressão mágica, capaz de justificar qualquer comportamento da Administração; tampouco ela é uma “palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir”. O próprio agente público sempre deve perseguir na sua atuação a *realização de algo* que foi *previamente qualificado* pela *ordem jurídica* como de *interesse público*; a verificação concreta da satisfação deste se dá por meio do processo administrativo ou da ação judicial. Surgem, assim, vários *interesses públicos* específicos em situações concretas, cuja concretização está sujeita a contestação e discussão (KRELL, 2013, p. 127, grifos nossos).

O interesse público, apesar de ser um *conceito jurídico indeterminado*, adequa-se à realidade do momento vivido pelos diversos atores sociais e econômicos, bem como às exigências concretas de atuação legítima do Estado. Segundo Rodenas (2012, p. 30), “lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en

su lugar, suponen una remisión a los acuerdos valorativos vigentes en un determinado colectivo social”. Assim, se a consensualidade passa a incorporar-se a um ordenamento jurídico e às necessidades de um Estado eficiente, participativo e plural, é consequência começar a conceber um *dever de consensualidade* pautado nos novos *paradigmas finalísticos* dessa administração pública fundada numa releitura dos seus pressupostos tradicionais.

No mesmo sentido, Maurer (2011, p. 174), escrevendo com base no direito alemão, destaca que existem hipóteses em que a discricionariedade, ainda que existente, pode chegar a uma redução: redução da discricionariedade a zero ou estreitamento da discricionariedade. Seriam hipóteses em que, havendo alternativas, uma delas seria inválida diante da vantagem das demais, especialmente pela interpretação de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

A ideia experimentada no presente trabalho, no entanto, não objetiva defender a consensualidade como algo habitual e corriqueiro da administração pública, sem observância dos demais princípios aplicáveis (igualdade, eficiência etc.). É possível que num caso concreto não seja benéfico para o Estado firmar eventual acordo e, por isso, os meios de atuação do poder de polícia e de execução judicial devem ser aprimorados para essas hipóteses.

A questão é que, em situações nas quais existe a possibilidade de adoção da consensualidade com a diminuição de *riscos* e com a maximização do interesse público (especialmente pelo cumprimento espontâneo do direito material pelo administrado), o dever da atuação consensual, pelo menos com uma proposta de tentativa perante o interessado, existe com base numa interpretação do ordenamento jurídico brasileiro atual, notadamente dos arts. 3º, § 2º, 15 e 174, II, do CPC, como já visto no tópico anterior.

O mesmo posicionamento é externado por Batista Júnior (2007, p. 468), para quem, embora a discricionariedade esteja presente em algumas atuações dos representantes estatais, a análise da conveniência e da oportunidade reduz-se a um dever de tentar transacionar quando um acordo se mostre como a melhor via:

portanto, é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 468).

O *dever de busca da consensualidade* existe pelos diversos motivos já apontados (exigência de legitimidade, reinterpretação do interesse público, nova sistemática processualística etc.). Pode-se falar, então, num dever de consensualidade a que todos os administradores públicos e, em especial, os advogados públicos estão vinculados.

Esse dever, no entanto, enfrenta alguns problemas de concretização, tais como a importância da existência de regulamentação com critérios sobre a atuação consensual (seja por lei, seja por ato normativo infralegal); a criação de estruturas administrativas (órgãos, câmaras etc.); uma *delimitação* do *controle* a ser exercido diante da consensualidade pelos diversos órgãos (Poder Judiciário, Ministério Público, órgãos de controle interno etc.). Tudo isso com vistas a viabilizar uma cultura jurídica mais efetiva no âmbito do Estado-administração na lida com conflitos intersubjetivos de interesses que o alcancem.

Tais aspectos, apesar de relevantes, devem ser estudados e enfrentados nos próximos anos pela área acadêmica e profissional do Direito, objetivando solucionar os problemas evidenciados pela sociedade brasileira, destacando-se o momento de crise atualmente vivenciado.

Conclusão

O contexto histórico mostra que a consensualidade administrativa passou a fazer parte da atuação do Estado Democrático de Direito contemporâneo e que não mais se sustentam os entraves argumentativos pautados num interesse público absoluto que inviabilize sua atuação consensual. O *interesse público*, como *conceito jurídico indeterminado*, adequa-se à realidade social e econômica e passa a exigir atuações administrativas de acordo com o

novo contexto jurídico e, especialmente, compatibilizado com os princípios e ditames constitucionais, notadamente aos da eficiência e da efetividade social.

Com isso, verificou-se que, entre as transformações que perpassam o Direito Público atual, esse novo contexto jurídico permite reconhecer a existência de um *dever de consensualidade* quando da decisão imperativa e unilateral puder resultar prejuízos ao Estado (não apenas de cunho financeiro, mas também quando violar o interesse público em outros aspectos) ou menor efetividade no seu cumprimento do que uma negociação administrativa. Tal análise diminui o campo de escolha do administrador público, exigindo-lhe uma atuação proativa para tentar adotar uma interlocução entre Estado e administrados na busca de soluções em que se evidencie alguma vantagem para a administração pública.

Uma discricionariedade pura e ilimitada não mais se compatibiliza com os ditames do Estado Democrático de Direito e com os princípios aplicáveis à administração pública previstos na vigente Constituição brasileira de forma expressa e implícita. Nesse sentido, a exigência de legitimidade da atuação administrativa faz com que uma decisão pública seja devidamente justificada, especialmente quando há meios mais adequados de atender-se ao interesse público através da concertação administrativa.

O ordenamento jurídico brasileiro já contempla uma *obrigação administrativa de preferência* pela *busca* de uma *solução consensual de conflitos intersubjetivos de interesses* que alcancem os da própria administração pública, inclusive no âmbito dessa mesma administração, notadamente por seus *órgãos de advocacia pública*, com base numa interpretação *corretiva*, tendente à *máxima conservação* das normas presentes nos dispositivos dos arts. 3º, § 2º, 15

e 174, II, do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, combinados com o art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) (BRASIL, 2015a, 2015c).

Aliás, uma vez provocadas suas *câmaras institucionais* de mediação e de conciliação, que neles *têm de ser* criadas (art. 174, *caput*, do CPC, combinado com o art. 32, *caput*, da Lei nº 13.140/2015), diante de um pedido administrativo, dizer se, no caso concreto, há ou não *admissibilidade de resolução do conflito intersubjetivo de interesses por meio da conciliação no âmbito da própria administração pública* (BRASIL, 2015a, 2015c).

Sobre os autores

Cleuler Barbosa das Neves é doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; professor associado da graduação, especialização *lato sensu* e integrante dos quadros do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil.
E-mail: cleuler@gmail.com

Marcílio da Silva Ferreira Filho é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Recife, PE, Brasil; doutorando no Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil.
E-mail: contato@marcilioferreira.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁹

DUTY OF CONSENSUALITY IN THE ADMINISTRATIVE ACTION

ABSTRACT: The purpose of this article is to confront an emerging problem in the context of consensuality *stricto sensu* (administrative conciliation) involving the State: is there a duty of a consensual termination of conflicts by the public administration? Despite the existing discussions, administrative negotiation has become a recurring practice in the most diverse branches of Law (Administrative, Environmental, Tax, etc.), mentioning the emergence of a new model of consensual Public Administration, starting from legislative and Economic ideologies of the last two decades. So it is tried to face if the attempt of consensuality came to characterize a duty in the scope of the State or, on the other hand, if it is characterized as a mere possibility to be adopted according to the policies Public authorities.

KEYWORDS: CONSENSUALITY. AGREEMENTS. CONCILIATION. MEDIATION. ARBITRATION.

²⁹ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>.

(APA)

Neves, C. B. das, & Ferreira, M. da S., F^o (2018). Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 63-84. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & direito público).

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rer.asp>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos; Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1^o fev. 1999.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015a.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, 27 maio 2015b.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Diário Oficial da União*, 29 jun. 2015c.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. 2 v. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Consensualidade na administração pública e transação tributária. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 15, n. 174, p. 46-54, ago. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. [S.l.: s.n.], 1978. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

DEUTSCHLAND. *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*. *Bundesgesetzblatt*, nr. 59, 29 Mai 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, n. 311, 29 dez. 1978.

_____. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 27 nov. 1992.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCE. Constitution du 4 octobre 1958. *Journal Officiel de la Republique Française*, 5 oct. 1958.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Juez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 317-356.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAMA, Tácio Lacerda. A transação em matéria tributária e a possibilidade de posterior contestação da dívida pelo contribuinte. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 8, p. 267-274, jul. 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOIÁS. Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás. *Diário Oficial Estado de Goiás*, 23 jan. 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 205-240.

_____. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 1933.

IMPÉRIO DO BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *Collecção das Leis do Império do Brasil*, t. 11, p. 57-238, 1850.

ITALIA. Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. *Gazzetta Ufficiale*, n. 192, 18 ag. 1990.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MAURER, Hartmut. *Decreto administrativo: parte general*. Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2. reimp. da ed. de março/2003. Coimbra: Livraria Almedina, 1963.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86, 10 abr. 1976.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público?: as colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-143.

SEVERINI, Tiago. Transação em matéria tributária no direito brasileiro?. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 88, p. 235-268, set. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Teoria & direito público).

SIQUEIRA, Mariana, *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UNITED STATES. The Administrative Dispute Resolution Act of 1996. *Public Law*, Oct. 19, 1996.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro

PAULO CÉSAR BUSATO

Resumo: O presente artigo faz uma análise da evolução legislativa brasileira a respeito da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, com o propósito de desmitificar uma opinião assentada sobre a existência de um perfil legislativo inclinado à admissibilidade do brocardo *societas delinquere non potest*. Demonstra-se que, prevalentemente, na história da legislação penal brasileira, foi admitida a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, de tal sorte que a tendência atual, muito longe de significar um rompimento com a tradição, recupera uma tendência dominante.

Palavras-chave: Responsabilidade penal de pessoas jurídicas. Histórico da legislação penal brasileira.

Introdução

A questão da responsabilidade penal de pessoas jurídicas (RPPJ) tem suscitado amplos debates doutrinários no mundo inteiro. No Brasil, não é diferente. Entretanto, ao contrário de outros países onde a matéria se infiltrou legislativamente no plano das codificações, gerando uma discussão mais centrada nas referências às regras gerais de imputação, esse ingresso no Brasil ocorreu a partir da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL, 1998), que tratou somente dos crimes ambientais.

Como essa lei padece de um sem-número de impropriedades técnicas, a doutrina brasileira, majoritariamente, sentiu-se à vontade para assumir uma postura de crítica simples, consistente em negar a possibilidade da RPPJ. No afã de sustentar tal negativa, vários foram os argumentos esgrimidos, especialmente de corte dogmático e, em menor medida, político-criminal.

Recebido em 25/1/18
Aprovado em 20/2/18

Acontece que, dentro do quadro dos defensores do brocardo *societas delinquere non potest*, geralmente se considera que a RPPJ é novidade própria do *common law*, absolutamente incompatível com a tradição do direito continental; uma iniciativa derivada do processo de expansão do chamado *moderno Direito Penal* consiste no rompimento com uma postura classicamente aceita pelos sistemas legislativos do *civil law*, como é o caso brasileiro.

Desse modo, o presente artigo pretende debruçar-se sobre a história legislativa da RPPJ no Brasil, de modo a apresentar um panorama fidedigno das diferentes etapas de codificação.

Como hipótese, aventa-se que, muito ao contrário do que se tem insinuado, a RPPJ teve lugar durante muitos anos no Direito positivo brasileiro, em atenção a uma tradição do próprio Direito Penal continental europeu, de modo que há uma diversa relação de regra e exceção em que, no panorama legislativo brasileiro, historicamente a RPPJ foi a regra e a falta dela, a exceção.

A consequência disso é a inviabilidade de perseverar o entendimento de que a RPPJ seja algo exclusivo do modelo jurídico anglo-saxão e, menos ainda, que seja uma novidade no Brasil.

1. Um equívoco alimentado

Marinucci (2008, p. 1.173)¹ alertou para a existência de uma “difundida ignorância erudita”, porque, segundo o autor, “a doutrina penal contemporânea da Europa continental, apresentou frequentemente [a impossibilidade de RPPJ] como óbvia e de raízes antiquíssimas” (MARINUCCI, 2008, p. 1.173).

¹ O argumento de Marinucci é repetido por Ortiz de Urbina Gimeno (2014, p. 36).

De modo completamente oposto, o autor mostra como o *delinquere ut universi* tem início precisamente na Europa continental, ao redor dos séculos XII e XIII, sendo conhecida em várias cidades do norte da Europa, na Espanha e na Alemanha.

No cenário jurídico brasileiro não é diferente. É bastante difundida a ideia de que a RPPJ seja algo novo, um modismo, uma tendência inaugurada no final do século XX, tributária de uma onda expansionista de punitividade, rompendo com uma tradição histórica de ausência de tal classe de medidas.

Zaffaroni (2001, p. 61), atendendo a consulta formulada por Nilo Batista, afirmou que a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, era uma verdadeira “novidade legislativa”, no que respeita à RPPJ, e que a inovação procedia de influência do Direito inglês.

Prado (2011, p. 61) aponta que a herança histórica do Direito brasileiro é de ausência da previsão de RPPJ, anotando que “tem-se como amplamente dominante, desde há muito, no Direito Penal brasileiro, como nos demais de filiação romano-germânica, a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, expressa no conhecido apotegma *societas delinquere non potest*”, somando-se à opinião de Reale Júnior (1999, p. 121), para quem a RPPJ prevista na lei de crimes contra o ambiente “afronta a tradição do nosso direito” e é qualificada de “modismo contrabandeado do velho mundo” por Dotti (2011a, p. 164).

O autor, acérrimo crítico da RPPJ, por ele qualificada de “tipo ilusório de capacidade criminal, absurda ficção legal, esdrúxula, desastrada interpretação de dispositivos constitucionais, descaminho intelectual, mistura de azeite e vinagre” (DOTTI, 2011b), utiliza o argumento histórico pretendendo afirmar a inexistência da experiência no Brasil.

O autor faz extensa exploração do panorama legislativo brasileiro, iniciando pelo Código Penal do Império, passa por todas as legislações sucessoras daquele e sustenta que a lei sempre esteve voltada claramente a uma opção pela responsabilidade penal exclusiva de pessoas físicas (DOTTI, 2011b).

Alguns, como Luisi (2011, p. 31), chegam a afirmar concretamente que “no mundo latino a responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece, por primeira vez, no Código de Defesa Social de Cuba, cuja entrada em vigor ocorreu em 09.10.1958”. Esse autor defende a ideia de que o tema só avançou a partir de 1993, com a reforma do Código Penal francês (LUISI, 2011, p. 32).

Tais afirmações, como será possível ver adiante, não resistem à pesquisa histórica.

Em oposição direta a elas, é necessário sublinhar que a RPPJ, no ambiente do *common law*, remonta a muito tempo atrás e no Direito continental existiu também durante o período medieval, ao menos até o Código Napoleônico de 1810, quando desapareceu². No entanto, não é este o foco deste trabalho.

O objeto central da discussão será que a RPPJ existiu legislativamente no Direito Penal brasileiro durante o período imperial, tendo sido banida por movimentos políticos semelhantes aos ocorridos em solo europeu; mas, de modo geral, sua presença em nosso Direito Penal positivo é muito mais tradicional do que sua recente ausência.

Por consequência, o advento da Lei nº 9.605/1998, longe de ser uma novidade, reflete muito mais uma retomada.

Façamos uma breve incursão histórica sobre a RPPJ no Direito positivo brasileiro.

2. Do descobrimento ao Código Criminal do Império, de 1830

A doutrina³ menciona que as Ordenações, tanto as Afonsinas como as Manuelinas e Filipinas, eram silentes a respeito da RPPJ.

Também é sabido⁴ que, por ocasião do Projeto de Código Criminal de 1789, de autoria de Pascoal de Melo Freire, o tema já veio à baila no § 8º do Título 2º, o qual estabeleceu que os colégios, corporações e cidades podem delinquir pelas pessoas de que se compõem e que os representam e governam; e à universidade se atribui o delito, quando todos os

² A respeito, ver Jescheck e Weigand (2002, p. 243).

³ Nesse sentido, ver Shecaira (1998, p. 36-37).

⁴ A respeito, ver Shecaira (1998, p. 37).

representantes o cometem, ou a maior parte deles. Shecaira (1998, p. 37) afirma também que o projeto “mais adiante, ao falar das sedições ou tumultos, manda imputá-los à cidade, sempre que esses crimes forem cometidos pela totalidade ou maioria de seus cidadãos”.

Ou seja, a cultura da época anterior ao Código Napoleônico observava a fórmula consagrada pelo Direito medieval europeu.

E foi precisamente essa fórmula, de modo absolutamente contrário à afirmação de Reale Júnior (1999, p. 121), subscrita por Dotti (2011a, p. 164), que foi adotada pelo Código Criminal do Império, de 1830, o qual, embora posterior à codificação francesa, neste ponto foi fiel ao movimento mais amplo e pretérito àquele do qual seu pensamento derivou.

Aliás, é voz corrente que o Código Criminal de 1830 foi, em seu tempo, um diploma dos mais avançados e bem elaborados do mundo, inclusive influenciando textos legislativos estrangeiros⁵.

Assim, como não poderia deixar de ser, o Código Criminal do Império, de 1830, contemplou, sim, a RPPJ. O seu artigo 80 dispunha expressamente: “Se este crime fôr commettido por Corporação, será esta dissolvida; e, se os seus membros se tornarem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação com a mesma, ou diversas regras” (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1830). A menção à palavra *crime* não deixa margem a dúvidas sobre a adoção da RPPJ. Tratava-se de crime contra a existência política do Império, ou seja, de uma traição à pátria.

Para que se perceba como não se tratava de mero acidente, mas sim de uma escolha teórica, basta perceber que se admitia inclusive o crime de calúnia contra pessoas jurídicas, nos seguintes termos: “Art. 230 – Se o crime de calúnia fôr cometido por meio de papéis impressos, lithographados, ou gravados, que se distribuírem por mais de quinze pessoas contra corporações, que exerção autoridade pública” (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1830).

Sendo a calúnia precisamente a imputação mendaz de prática criminosa (tal como explicitava o art. 229⁶), não resta qualquer dúvida de que o legislador considerava viável a RPPJ.

Vários fatores explicam a opção.

Primeiramente, trata-se de um texto ainda não completamente influenciado pelos ares individualistas que varreram a Europa após a Revolução Francesa, pois editado por um Estado de corte absolutista, monárquico e imperial.

⁵ Nesse sentido, ver Franco (1930, p. 102).

⁶ “Art. 229. Julgar-se-á crime de calunia, o atribuir falsamente a algum um facto, que a lei tenha qualificado criminoso, e em que tenha lugar a acção popular, ou procedimento official de Justiça” (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1830).

Em segundo lugar, é sabido que o Império do Brasil foi uma construção política derivada precisamente da invasão francesa do território português, que obrigou a família real a migrar para o Brasil, alterando a centralização do poder da Europa para a América; obviamente, as ideias que inspiraram a Revolução Francesa não tinham acolhida⁷.

Finalmente, é preciso dizer que a condição de colônia do Brasil, totalmente vilipendiado e saqueado, não permitia, na época, a formação de uma estrutura de poder econômico burguês à margem do Estado, menos ainda a composição de grandes corporações capazes de interferir na decisão política⁸.

3. O contraditório Código Penal da República, de 1890

O advento do Código Penal da República, decretado em 11 de outubro de 1890 – antes, pois, da Constituição de 1891, é reconhecido pela doutrina⁹ como produto tecnicamente muito inferior ao texto que revogou, com redação vacilante e extremamente contraditório.

No que se refere especificamente ao tema aqui tratado, a contradição é flagrante.

Por um lado, como regra geral, o art. 25 estabelece textualmente que “a responsabilidade penal é exclusivamente pessoal”, e ainda esclarece, no parágrafo único, que “nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recairá sobre cada um dos que participarem do fato criminoso” (BRASIL, 1890).

Parece não haver dúvida a respeito de uma opção pela responsabilidade exclusivamente individual.

No entanto, repete na parte especial o tipo penal da subordinação a autoridade estrangeira que já constava do Código anterior, no qual se faz menção explícita ao cometimento do crime por uma corporação, nos seguintes termos:

Art. 103. Reconhecer o cidadão brasileiro algum superior fora do país, prestando-lhe obediência efetiva: Pena – de prisão celular por quatro meses a um ano. Parágrafo único. Se este crime for cometido por corporação, será esta dissolvida; e, caso os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso

⁷ Sobre a reticência do âmbito jurídico brasileiro dos alvares do Império aos ares revolucionários, ver Slemian (2010, p. 19).

⁸ A respeito, com detalhes, ver Fernandes (1976, p. 203).

⁹ No específico assunto que se trata aqui, a crítica procede de Franco (1930, p. 103) e Shecaira (1998, p. 39).

regime: pena – aos chefes, de prisão celular por um a seis anos; aos outros membros, por seis meses a um ano (BRASIL, 1890).

No que refere especificamente à calúnia, também repete a menção a que tal crime possa ter por vítima pessoa jurídica, o que implica necessariamente que ela seja capaz de cometer crimes. Veja-se o que dispõe o art. 316:

Si a calúnia fôr commettida por meio de publicação de pamphleto, pasquim, allegoria, caricatura, gazeta ou qualquer papel manuscrito, impresso ou lithographado, distribuído por mais de quinze pessoas, ou afixado em lugar frequentado, contra corporação que exerça autoridade pública, ou contra agente ou depositario desta e em razão de seu officio (BRASIL, 1890).

As críticas soaram, conforme se observa¹⁰.

4. Antes, durante e depois do Código penal de 1940: um texto e seus satélites

Sabe-se que em 1932, na Consolidação das Leis Penais, do desembargador Vicente Piragibe, que não se consolidou jamais como Código, persistiu a contradição entre a Parte Geral e a Parte Especial¹¹. O art. 25 continuava estabelecendo a responsabilidade penal como exclusivamente pessoal¹² e, por outro, mantinha as previsões contrárias nos crimes contra a honra, admitindo no art. 315 que pessoa jurídica poderia praticar calúnia¹³.

Apenas com o advento do Código Penal de 1940, foi completamente desterrada a RPPJ da legislação brasileira.

¹⁰ Depois de longo comentário expondo argumentos favoráveis e contrários à RPPJ, Silva (2004, p. 159) conclui que a exclusão da possibilidade de responsabilizar os entes coletivos se ancora em argumentos frágeis, tanto que, embora o Código tenha feito expressa opção no sentido de sua exclusão, afirma que “*De lege ferenda*, não nos parecem de grande solidez as razões que os adeptos da exclusão a sustentam”.

¹¹ A isso faz referência Shecaira (1998, p. 39).

¹² “Art. 25 – A responsabilidade penal é exclusivamente pessoal. Paragrapho único – Nos crimes em que tomarem parte membros de corporação, associação ou sociedade, a responsabilidade penal recahirá sobre cada um dos que participarem do factio criminoso” (PIRAGIBE, 1938, p. 18).

¹³ “Art. 315 – Constitue calúnia a falsa imputação feita a alguém do fato que a lei qualifica crime. Quando commettido pela imprensa: PENAS – De prisão celular por quatro mezes a um anno e multa de 1:000\$ a 10:000\$000. Essas penas serão elevadas para seis mezes a dois annos de prisão celular e multa de 2:500\$ a 10:000\$000 si o crime fôr contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta” (PIRAGIBE, 1938, p. 100-101).

As razões técnicas para tanto são, por um lado, a consolidação, no ambiente brasileiro, da teoria da ficção de Savigny¹⁴, a nítida influência da dogmática alemã na conformação do texto que pautava a estrutura do conceito de crime sobre um conceito ontológico de ação, cuja notoriedade permite omitir maiores referências e que obviamente resulta incompatível com o ente abstrato.

A transição da Parte Geral para a adoção do finalismo, a despeito de algumas marcantes diferenças, no essencial – a base estrutural do conceito de delito apoiar-se sobre um conceito ontológico de ação – manteve a postura do texto de 1940.

5. A Constituição de 1988 e a Nova República

O cenário só veio a modificar-se com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), quando, do mesmo modo como antes ocorreu na época do Império, o impulso para que se chegasse à legislação ordinária e mesmo ao Código Penal com o tema da RPPJ partiu de uma legítima iniciativa constitucional.

A CRFB, que claramente tem um perfil de defesa de garantias individuais a ponto de ser chamada de *Constituição cidadã*, atenta ao advento do novo Leviatã corporativo; de modo expresso, claro e inofismável, optou pela possibilidade de imputar criminalmente as pessoas jurídicas¹⁵.

No art. 173, § 5º, prescreveu: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos

¹⁴ Veja-se, a respeito, as várias referências no compêndio coordenado por Prado e Dotti (2011), Zaffaroni (2011, p. 49-50), Gracia Martín (2011, p. 93), Santos (2011, p. 280) e Moreira (2011, p. 331-332).

¹⁵ A opção é reconhecida por Santos (1999, p. 104).

dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (BRASIL, 1988).

E, mais adiante no art. 225, § 3º, que trata do meio ambiente, complementou: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Parece clara a decisão pela punição das pessoas jurídicas de forma compatível com a natureza do delito, o que inclui sanções penais e administrativas – como aliás, boa parte dos juristas, em especial os próprios constitucionalistas, reconheceram com facilidade¹⁶.

Não obstante a clareza do texto constitucional, boa parte da doutrina brasileira, inconformada com a decisão do legislador constituinte, tratou de organizar malabarismos hermenêuticos num esforço por negar a obviedade.

Há quem afirme ser obscuro o texto do art. 225, § 3º, e que tal obscuridade é o que justifica se terem equivocado alguns autores ao reconhecerem nele a previsão de responsabilidade penal para pessoas jurídicas¹⁷.

A obscuridade, na visão desses autores, derivaria da falta da definição expressa de que às pessoas jurídicas seria aplicável sanção penal, podendo o dispositivo ser interpretado como se reservasse para as pessoas jurídicas apenas

¹⁶ Afirmando que a CRFB rompia com o paradigma tradicional para adotar a responsabilidade penal de pessoas jurídicas: Bastos e Martins (1990, p. 103), Ferreira Filho (1995, p. 13-14), Silva (2005, p. 846), Machado (2001, p. 405), Snick (2001, p. 62-63), Milaré (2001, p. 451), Sirvinskas (2001, p. 483-496), Shecaira (1998, p. 149), Sanctis (1999, p. 65), Guaragni (2014, p. 34), Galvão (2003, p. 5-7), Rothenburg (1997, p. 19) e Ferreira (1997, p. 23).

¹⁷ Assim refere Bitencourt (1999, p. 67).

as sanções administrativas, enquanto que permite a aplicação das sanções penais apenas para as pessoas físicas, sendo, na visão deles, a interpretação mais correta. Daí concluírem que a CRFB segue sem admitir a responsabilidade penal de pessoas jurídicas¹⁸.

Walter Claudius Rothenburg deu contornos definitivos à questão, por meio de criteriosa análise, valendo-se de todos os métodos de interpretação cabíveis para demonstrar que indubitavelmente a CRFB manifestou decidida opção pelo incentivo da atribuição de responsabilidade penal às pessoas coletivas.

Rothenburg (1997, p. 19-20) iniciou afirmando que o legislador constituinte decidiu de modo novo e “absolutamente forte” em favor da responsabilidade penal de pessoas jurídicas mediante os dois dispositivos normativos indicados, deixando fora de dúvida o tema.

Comentou que a questão é de tão fácil interpretação e que não reclama mais que uma fórmula gramatical/literal, uma vez que o art. 173, § 5º, ao dispor que a lei estabelecerá a responsabilidade da pessoa jurídica nos tópicos específicos apontados, traslada para o legislador a escolha da classe de responsabilidade que atribuirá, sem qualquer limitação, salvo apenas a necessária compatibilidade das punições aplicáveis com a natureza do ente coletivo, o que, na visão de Rothenburg (1997, p. 22) seria desnecessário, dado que redundante, pois, se a sanção é incompatível com a natureza do órgão, sua aplicação será inviabilizada, com ou sem a previsão legal.

Porém, o dispositivo ainda deixa mais clara a questão ao afirmar que “a responsabilidade da pessoa jurídica será estabelecida ‘*sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes*’ daquela, ou seja, insiste em que a responsabilidade da pessoa jurídica é independente e autônoma da de seus dirigentes” (ROTHENBURG, 1997, p. 23).

A conclusão a que chega o autor é que “a Constituição, no art. 173, § 5º, só não disse expressamente que a pessoa jurídica é responsável criminalmente. Porém, deixou explícito, verbalmente, que a lei poderá instituir esta responsabilidade” (ROTHENBURG, 1997, p. 23).

Mas não é só. Rothenburg (1997, p. 23) busca apoio também na interpretação histórica; afirma que quando passou pela Comissão de Sistematização, o texto primitivo da lei continha redação diversa daquela que terminou aprovada, prevendo a responsabilidade penal de modo mais explícito, pois dizia: “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta”.

¹⁸ Nesse sentido, ver Pimentel (1987, p. 171-172), Dotti (1995, p. 187-190), Oliveira (1995a, p. 132), Oliveira (1995b, p. 97-98) e Cernicchiaro e Costa Júnior (1995, p. 75-76).

Ora, se a vontade legislativa tivesse mudado, o texto apontaria de modo claro a negação da possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica ou a menção explícita à responsabilidade exclusiva da pessoa física. Ao não o fazer, a vontade inicialmente expressa foi preservada. O fato que o texto final tenha restado mais obscuro não afasta a conclusão de preservação da vontade manifestada inicialmente.

Se ainda resta alguma dúvida, reforça a convicção de Rothenburg (1997, p. 24) o fato de que o art. 225, § 3º, de modo ainda mais incisivo, disponha que, para os fins de tutela do ambiente, as pessoas físicas foram equiparadas às jurídicas sob um ponto de vista sancionatório.

Rothenburg (1997, p. 24) afirma que nada justifica a artificiosa interpretação que alguns lançaram no sentido de que a referência do dispositivo seria a que se reservam sanções administrativas para as pessoas jurídicas e penais para as físicas, por várias razões. Primeiramente, a falta da expressão “respectivamente” ao final do texto, que permitiria tal separação. Em segundo lugar, porque a própria construção linguística da norma “não exprime essa pretensa simetria, senão que expressa um só sentido, tanto que os termos ‘condutas’ e ‘atividades’ aparecem ligados pela aditiva ‘e’, ou seja, somam-se, formando um todo unitário que pode reportar-se indistintamente a pessoas físicas ou jurídicas” (ROTHENBURG, 1997, p. 24), ao passo que, quando apresenta as pessoas físicas e jurídicas, o legislador não procede assim e as apresenta “desta vez, não ligadas pela aditiva ‘e’, mas pela alternativa ‘ou’” (ROTHENBURG, 1997, p. 24). Dessa forma, trata as pessoas físicas e jurídicas dentro do mesmo gênero de *infratores* (ROTHENBURG, 1997, p. 24).

Aos argumentos de Rothenburg poder-se-ia acrescentar o *argumentum ad absurdum*, pois, se a separação fosse taxativa entre as sanções administrativas e penais, respectivamente para pessoas jurídicas e físicas, chegaríamos à conclusão de que as pessoas físicas não seriam suscetíveis de sanções administrativas por lesões ao ambiente – o que é completamente ilógico e insustentável.

Enfim, a conclusão é que “na perspectiva de uma interpretação literal, lógico-sistemática ou teleológica, fica evidente que a Constituição permite a responsabilidade penal da pessoa jurídica” (GALVÃO, 2003, p. 6).

Realizou-se, efetivamente, uma opção político-criminal sob um ponto de vista estritamente democrático, e o tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi inserido no plano jurídico brasileiro, a despeito de qualquer oposição teórica que se possa manifestar¹⁹.

¹⁹Nesse sentido, ver Galvão (2003, p. 11).

6. O panorama legislativo pós-Constituição de 1988

O primeiro diploma legislativo a prever a regulamentação no nível de lei das diretrizes constitucionais a respeito do tema da RPPJ foi a lei de crimes ambientais.

O tema materializou-se na Lei nº 9.605/1998, em seu art. 3º, da seguinte forma: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” (BRASIL, 1998).

A despeito das críticas que se possam fazer à técnica legislativa empregada e mesmo à escolha das formas de atribuição de responsabilidade, não se pode desconhecer a existência de uma orientação político-criminal inclinada à materialização da vontade constitucional de realização da RPPJ frente a crimes ambientais.

De fato, ao chegar aos Tribunais Superiores, a discussão sobre a RPPJ foi progressivamente ganhando fôlego, a ponto de atualmente o próprio Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a possibilidade de imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas de modo independente da responsabilização dos seus sócios²⁰.

O projeto de novo Código Penal brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional, novamente adota a RPPJ.

É fato que o texto tem muitíssimas falhas e carece muito de aprimoramento teórico, como já se mencionou²¹. Entretanto, não pode haver dúvida alguma a respeito da escolha da política criminal que o inspira, propensa à incriminação dos entes coletivos, de tal modo a orientar o Brasil na mesma direção das múltiplas reformas recentes na legislação penal dos países de tradição continental.

Conclusões

É perfeitamente possível afirmar que, se no Brasil há uma tradição legislativa, ela incorpora a RPPJ.

Tal tradição somente foi suprimida durante um período muito breve de nossa história legislativa que – não por acaso – coincide precisamente com um Código Penal editado num regime ditatorial civil e sua reforma redigida sob um regime ditatorial militar, quando as garantias individuais tiveram escassa relevância.

²⁰ Ver Brasil (2014).

²¹ Ver Leite (2015, p. 159).

Importa destacar que – ao contrário do que comumente se afirma – são precisamente os direitos fundamentais mais básicos das pessoas que têm sido vilipendiados constantemente pelas atividades corporativas.

Qualquer breve vislumbre das mais recentes e relevantes catástrofes criminosas ocorridas no Brasil faz denotar a presença do envolvimento de pessoas jurídicas.

Desde a instalação de esquemas permanentes de compra de vantagens ilegais nas contratações públicas envolvendo os mais altos escalões da nação em toda sorte de crimes contra a administração pública até a destruição de porções inteiras de cidades, rios e ecossistemas para preservar lucros, todos os crimes mais graves perpetrados no Brasil do século XXI têm o envolvimento explícito de pessoas jurídicas.

Se o Direito Penal não está presente para isso – vale dizer, para enfrentar os ataques mais graves aos bens jurídicos importantes para o desenvolvimento social das pessoas – seu desenho passa longe de uma obediência ao princípio de intervenção mínima. Ele estará, isso sim, servindo de escudo permanente à preservação das desigualdades sociais em proveito dos poderosos e em detrimento dos oprimidos.

Já não era sem tempo que se retomasse a verdadeira tradição de todo o Direito – seja continental, seja anglo-saxão – de incluir a todos os que têm direitos no outro lado da moeda: o dos deveres e das sanções, inclusive penais.

Sobre o autor

Paulo César Busato é doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha; professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e da FA Centro Universitário, Curitiba, PR, Brasil; procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.
E-mail: pbusato2013@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²²

THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF LEGAL PERSONS IN THE HISTORY OF BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: This article analyzes the Brazilian legislative evolution regarding the criminal liability of legal entities, with an approach towards to demystifying a consistent opinion

²²Sem revisão do editor.

of the existence of a legislative tradition of the admission of the *societas delinquere non potest*. It's intent to demonstrate that, in the history of Brazilian criminal law, the criminal liability of legal persons has been admitted in such a way that the current tendency, far from being a break with tradition, regains a prevalent tendency.

KEYWORDS: CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS. HISTORY OF BRAZILIAN CRIMINAL LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

BUSATO, Paulo César. A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 85-98, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85>.

(APA)

Busato, P. C. (2018). A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do direito positivo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 85-98. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p85

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 51-71.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. *Coleção das Leis do Brasil*, 31 dez. 1890.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 12 fev. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 548.181/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 184-207, jul./set. 1995.

_____. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. p. 163-202.

_____. A reforma do código penal (x – primeira parte). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 31 dez. 2011b. Breviário Forense. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/a-reforma-do-codigo-penal-x-primeira-parte/>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

FERNANDES, Florestan. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Ivete Senise. A tutela penal ambiental. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, ano I, v. 7, p. 14-17, 1997.

FRANCO, Affonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1930.

GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91-128.

GUARAGNI, Fábio André. Responsabilidade penal do ente coletivo: pilastras político-criminais derivadas das noções de sociedade de risco e alteridade. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas*. São Paulo: Fecomércio, 2014. v. 2.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 [Código Criminal do Império do Brasil]. Manda executar o Código Criminal. *Collecção das Leis do Império do Brazil*, 31 dez. 1930.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

LEITE, Alaor (Org.). *Reforma penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-46.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINUCCI, Giorgio. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un bosquejo histórico-dogmático. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al. (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig*. Madrid: Edisofer, 2008. v. 1, p. 1.173-1.200.

MILARÉ, Edis. *Direito ambiental: doutrina, prática, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal brasileiro. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 331-352.

OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz de. A responsabilidade penal e os crimes tributários. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual penal e comercial*, São Paulo, n. 8, p. 132, 1995a.

_____. Reflexões sobre os crimes econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 97-98, jul./set. 1995b.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: the American way. In: HORTAL IBARRA, Juan Carlos et al. (Coord.) *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Buenos Aires: Edisofer, 2014. p. 35-88.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PIRAGIBE, Vicente. *Consolidação da Leis Penaes*: aprovada e adoptada pelo Decr. n. 22.213 de 14 de dezembro de 1932. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1938. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/72115/pdf/72115.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Régis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e aplicações. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129-162.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei dos crimes ambientais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121-127, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 275-292.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104-130.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Antonio José da Costa e. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica na Lei 9.605/98. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 784, p. 483-496, fev. 2001.

SLEMIAN, Andréa. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (Org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19-61.

SNICK, Valdir. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Ícone, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47-68.

Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde

FLÁVIO QUINAUD PEDRON
JOÃO CARNEIRO DUARTE NETO

Resumo: O presente artigo analisa a postura do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o direito fundamental social à saúde após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), destacando três fases. Antes, contextualiza a conformação estatal dos direitos fundamentais, indicando a predominância alternada de Poderes da República a depender das características de cada época. Exploram-se argumentos favoráveis e contrários à questão da judicialização da saúde. Chega-se a tocar no tema do ativismo judicial em políticas públicas. Busca-se demonstrar os contornos atuais do direito à saúde e suas consequências. Por fim, conclui-se pela necessária historicidade dos direitos fundamentais sociais e que o processo de reconhecimento, assimilação e garantia real e concreta ainda está em construção. Utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e de julgados do STF.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais sociais. Saúde. Judicialização da saúde. Ativismo judicial.

1. A postura estatal relativa aos direitos fundamentais sociais

Saindo do sistema político-econômico e social feudal, típico da Idade Média, iniciamos nossa pesquisa com o corte histórico no surgimento do Estado monárquico, visto que não há como falar em direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos positivados numa carta político-jurídica do Estado na história pré-moderna. Ainda sem abandonar a herança medieval, com caráter centralizador, com poder irrestrito, de origem divina e sem alternância nas mãos do soberano,

Recebido em 3/11/17
Aprovado em 5/3/18

justificando-se numa doutrina (de inspiração hobbesiana) de necessária pacificação social (NUNES, 2003). O constitucionalismo liberal foi uma consequência da falência do Estado absolutista, pois a centralização do poder, a soberania do monarca e a ausência de limites aos seus regramentos tornaram-se intoleráveis.

Uma nova ordem político-jurídica nasceu com o objetivo de organizar o Estado e limitar o poder, papel incumbido por uma Constituição. Nesse sentido, tendo como pano de fundo os ideais do Liberalismo e do Iluminismo, inúmeras Constituições tiveram tal propósito. Assim, direitos fundamentais ditos de primeira geração (ou dimensão), eminentemente libertários, impuseram uma postura absenteísta por parte do Estado (OLIVEIRA, 2002; NUNES, 2003). A Constituição é, então, compreendida como um “instrumento de governo”, e estatuto jurídico-político fundamental que organiza a sociedade política e limita o poder político do Estado (OLIVEIRA, 2002, p. 56; PEDRON, 2006).

Ressalte-se que a presente pesquisa não abordará as críticas doutrinárias acerca da divisão de direitos fundamentais em gerações, ou mesmo dimensões, pois não é prejudicial ao que se quer demonstrar neste artigo. Em que pese reconhecer a impropriedade terminológica consagrada por anos – pois os direitos fundamentais não se sucedem em gerações, mas acumulam-se –, não há linearidade histórica no surgimento dos direitos fundamentais, bem como em sua indivisibilidade (OLIVEIRA, 2002). O termo dimensão repara alguns equívocos, porém ainda é criticável. Assim, reconhecendo a importância pedagógica e simbólica de tal divisão em gerações ou dimensões, ainda a utilizaremos.

Esclarecidas as questões terminológicas, diante das características apontadas acima para o Estado liberal, o Poder Legislativo acaba assumindo papel de destaque no cenário político-jurídico, pois poderia dar o que as pessoas mais necessitavam naquele momento: um mínimo de segurança jurídica (entendida nessa época como mera previsibilidade de resposta jurídica) e maior respeito às individualidades, com menos interferências na vida privada (OLIVEIRA, 2000). O Poder Judiciário tem papel secundário, figurando os juízes apenas como aplicadores da lei, ditos “boca da lei” (CARVALHO NETTO, 1999).

Superando sua importante fase inicial de resposta ao modelo anterior, seu desenrolar histórico-social, todavia, entrou em colapso também. A postura distante do Estado e as contradições entre relacionamentos de pessoas em condições desiguais acarretaram fortes problemas sociais. Assim, várias insurgências populares exigiram direitos sociais e, conseqüentemente, provocaram uma aproximação entre o Estado e a sociedade.

O Estado Social traz em seu bojo Constituições com inúmeros direitos de segunda geração ou dimensão – ou seja, sociais, econômicos e culturais –, os quais são direitos cujos titulares são coletivos e exigem atuação estatal concreta e positiva. Aqui estão os direitos ao trabalho, à habitação, à educação e à saúde, entre outros (OLIVEIRA, 2002; NUNES, 2003).

Saliente-se novamente que os direitos de primeira dimensão não são superados com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, mas acumulam-se, interpenetram-se e terminam sofrendo uma *ressignificação* paralela ao próprio processo histórico-político. A mesma observação deve ser feita em relação aos direitos de terceira dimensão.

A realização prática de tais direitos necessariamente envolve gastos financeiros pelo Estado. Desse modo, levando em conta uma análise orçamentária e das atribuições dentro da doutrina da separação de Poderes, conclui-se que o Poder Executivo assume postura de destaque nessa fase, pois está obrigado a implementar tais direitos sociais por meio de políticas públicas. Sob essa óptica, o Judiciário passou a representar uma peça fundamental no processo de densificação social das normas, visando à concretização de direitos carentes de políticas públicas (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99; PEDRON, 2006).

À medida que os destinatários se conscientizam da existência de tais obrigações prestacionais do Estado, passam a exigí-los mais e mais do Poder Executivo. Porém, os recursos financeiros são limitados e insuficientes para atender a todos. Esse confronto gera frustração social e tensões, enfraquecendo o sistema como um todo. Por isso, o Poder Judiciário passou a destacar-se entre os Poderes, pois foi chamado a dar resposta diante das pretensões sociais não cumpridas pelo Estado. O fenômeno é explicado pelo direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional aliado à impossibilidade de pronunciamento pelo Judiciário do *non liquet*.

O desgaste do paradigma do Estado Social tem início na década de 1960 e entra em colapso na década seguinte (BAHIA, 2003, p. 312; PEDRON, 2006). O paternalismo estatal revela-se como um dos entraves para o processo de cidadania que ele próprio pretendia resolver. Habermas (1994, p. 123) e Pedron (2006) lembram que, para a sua manutenção, o Estado Social necessitou desenvolver uma enorme rede normativa e burocrática, cobrindo toda a vida cotidiana da sociedade.

Com isso, inaugura-se fase intitulada de Estado Democrático de Direito ou Constitucional de Direito, com Constituições trazendo direitos de terceira geração ou dimensão, ligados aos valores de fraternidade, solidariedade, meio ambiente e outros direitos transindividuais (CARVALHO NETTO, 2003, p. 99).

A complexidade da configuração do Estado ganha novos elementos de ordem política, social e econômica. Assim, tem-se estrutura normativa direcionada à efetivação de um Estado do Bem-Estar Social forjada constitucionalmente, num contexto de desenvolvimento individual e social pleno, o qual nunca se realiza cabalmente. Portanto, busca-se uma democracia política cada vez mais efetiva e a realização de justiça social universalizada.

2. A CRFB e o direito fundamental social à saúde

Com uma extensa lista de direitos fundamentais em seu corpo, que demonstra seu caráter pluralista, solidário e cidadão, a CRFB promove indiretamente um maior acirramento entre os três Poderes.

O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na CRFB, em regra alegando a limitação da reserva do possível e defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos em face da infinidade das demandas sociais.

O conceito de “reserva do possível” também é proveniente do direito alemão, aparecendo pela primeira vez em uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha afirmando que direitos subjetivos a prestações materiais pelo Estado estão sujeitos à disponibilidade dos seus recursos. Daí a tendência de negar ao Poder Judiciário a análise de direitos fundamentais sociais, uma vez que a efetivação de tais direitos depende sempre da disponibilidade orçamentária, o que está localizado no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos (REISSINGER, 2008, p. 62).

O Poder Legislativo, por sua vez, fica em mora, pois o exercício de inúmeros direitos sociais necessita de leis regulamentadoras, levando em conta a classificação criada por José Afonso da Silva de direitos fundamentais de eficácia limitada, em que pese a CRFB declarar no artigo 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988). Tal tese demonstra uma arraigada herança jurídica típica do positivismo, que trata os direitos fundamentais e as normas constitucionais somente a partir do conjunto redutor de regras. (Considerando e reconhecendo a tese de que há princípios jurídicos no nosso ordenamento com caráter normativo, acreditamos que essa teoria esteja superada.)

Com efeito, terminam por chegar ao Poder Judiciário todas essas questões, pois é visto como garantidor último das promessas do constituinte. Entretanto, não se pode pretender esvaziar os demais Poderes

e transformar o Judiciário num “superpoder”, sob pena de destruir os alicerces do Estado Democrático de Direito. Ingeborg Maus denuncia tal situação numa passagem de seu artigo:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática (MAUS, 2000, p. 187).

Assim, em última instância, o que estará envolvido na análise da pesquisa é o reconhecimento e o respectivo tratamento jurisdicional dado pelo STF à CRFB em relação ao direito à saúde.

Ao longo da história, as posições doutrinárias que talvez mais se tenham destacado na questão da força normativa do texto constitucional sejam as de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. O primeiro, adotando uma postura sociológica, afirmava que a Constituição real era formada pelos fatores reais de poder e a Constituição jurídica não passava de mera folha de papel, caso não coincidissem com as forças emanadas diretamente da sociedade; e o segundo defendia que fosse reconhecida força normativa ao texto constitucional (PEDRON, 2012).

Entretanto, negando o exclusivismo de Lassale, o próprio Hesse reconhece uma constante tensão entre as forças sociais e jurídicas envolvendo a Constituição:

a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretender preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa pondera-

ção, parte da estrutura contrária. [...] Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente – no mais tardar em momento de acentuada crise –, que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados (HESSE, 2009, p. 134).

Realizada a contextualização e demonstrado o impasse, a partir de agora abordar-se-á a resposta jurisdicional do STF quanto ao direito social à saúde ao longo dos anos desde a promulgação da CRFB.

3. O STF e as demandas de direito fundamental social à saúde a partir da CRFB

Após repetidas buscas nos instrumentos de pesquisa do sítio eletrônico do STF, tendo como marco inicial o ano de 1950, constata-se a inexistência de qualquer julgado em que se declara, reconhece ou garante o direito fundamental à saúde jurisdicionalmente.

Mesmo depois da promulgação da CRFB, o vácuo jurisdicional ainda permanece por longos dez anos. Tal constatação reforça a existência e importância do caráter da historicidade dos direitos fundamentais, pois não basta enumerar direitos fundamentais sem o correspondente processo empírico de formação, reconhecimento e garantia social. A própria comunidade jurídica deixa transparecer que necessitou de alguns anos para digerir tamanha carga – quantitativa e qualitativa – de direitos fundamentais. Alguns doutrinadores compararam essa primeira fase com uma “ressaca”, devido ao comportamento letárgico após o texto constitucional “embriagar” a sociedade com

“exageradas doses” de direitos fundamentais. Alegava-se que o simples texto constitucional não era suficiente para garantir a existência real e concreta de direitos fundamentais sociais. Seriam normas com eficácia limitada, pois totalmente dependentes de normas infraconstitucionais ainda inexistentes. Propagava-se o caráter programático da CRFB, irrealizável imediatamente.

A jurisprudência dos tribunais não é tão dinâmica quanto se desejaria. A aceitação dos novos valores sociais inerentes ao Estado democrático de direito, inaugurado com a Constituição de 1988, não poderá ser reconhecida imediatamente pelos juízes e tribunais. Parte da dificuldade em se avançar no sentido da efetividade dos novos direitos é depositada ao Legislativo, que não consegue obter o consenso necessário para aprovação de normas infraconstitucionais que desenvolvam e regulamentem direitos sociais e econômicos. Não obstante, o cidadão vai ao Judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado. A decisão da justiça que frustra a sua pretensão é de todo incompreensível e pode comprometer, não somente a confiança na Justiça, mas também as bases do regime democrático fundado no Estado de direito (REISSINGER, 2007, p. 1.773).

O STF manteve-se num “estado de espanto inicial” por mais alguns anos, pois o primeiro julgado disponível encontrado nesta pesquisa data de novembro de 1999, ou seja, onze anos após a promulgação da CRFB.

COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. [...] SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado, dos medicamentos indispensá-

veis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (BRASIL, 2000a, p. 976).

Assim, inaugura-se uma fase intermediária de uma efetiva constitucionalização dos direitos fundamentais, espécie de filtragem hermenêutico-constitucional dos direitos. É a saída da letargia inicial na qual jurisdicionados e tribunais estavam embebidos e o ingresso num universo ainda a ser firmemente reconhecido, qualificado e quantificado e, por fim, garantido a todos.

O primeiro aspecto, relacionado à eficácia do art. 196 da Constituição, leva a duas posições: uma no sentido de que se trata de norma programática, ou seja, de baixa eficácia, não gerando direito subjetivo a prestações; a segunda, de que o direito à saúde é direito público subjetivo, originário da própria Constituição, tratando-se de direito fundamental social (REISSINGER, 2008, p. 72).

Nessa fase, mais alguns anos se passaram de amadurecimento, ocasião em que vários julgados foram proferidos pelo STF, desenhando-se os contornos da resposta jurisdicional da Corte ao direito à saúde no Brasil:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança

e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (BRASIL, 2000b, p. 266).

Cada vez mais seguro, detalhado, abrangente e enfático em seus argumentos, temos:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive portadores de vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste à todas as pessoas – representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja sua esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem nos destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposter-

gável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado (BRASIL, 2000c, p. 1.409-1.410).

Novo marco histórico-social para o Judiciário foi a Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), que implantou várias inovações, as quais repercutiram diretamente na atuação de todos os magistrados do Brasil – caso da criação do Conselho Nacional de Justiça, da preocupação com a transparência do Judiciário, com a celeridade e a qualidade das decisões, acesso à justiça e direitos fundamentais. A exigência de conhecimentos de filosofia do direito, sociologia e psicologia judiciárias em concursos públicos de ingresso na magistratura, por meio da Resolução CNJ nº 75/2009 (BRASIL, 2011), certamente teve concreto impacto na análise das demandas envolvendo direitos fundamentais sociais por todo o corpo de magistrados brasileiros, o que se reflete nos tribunais superiores.

Nesse contexto, já dentro de uma postura de superação ou reconstrução do positivismo jurídico, tem-se uma reaproximação do direito com a moral, a divisão das normas em regras e em princípios, com caráter normativo para estes, e o Judiciário como garantidor de todas as promessas do constituinte ganha crescente destaque.

A doutrina nomeia tal fenômeno, de forma genérica, como correntes pós-positivistas. De outras elas recebem o nome de neoconstitucionalistas. Autores mais cuidadosos criticam tais nomenclaturas, salientando o equívoco desses termos, bem como consignam que não há sinonímia entre eles. Por certo, há uma diversidade de correntes sem uniformidade, sem nomenclatura padronizada, com projetos diferentes (umas buscando salvar o positivismo sob nova roupagem, outras resgatando o jusnaturalismo e outras buscam uma terceira

via). Tais correntes têm como fio condutor de aproximação as características citadas acima.

O desenrolar das relações sociais na sua complexidade natural e progressiva, levando em conta a judicialização de temas até então estranhos à análise jurisdicional, tais como educação, saúde e políticas públicas nas mais variadas vertentes, elevou o Poder Judiciário à qualidade de maior destaque no cenário nacional desde então. Surgiram correntes que denunciam como nefasto o ativismo judicial, pois estaria havendo ingerências excessivas nos demais Poderes da República, utilizando-se de hermenêutica falaciosa, tratando o ato de decidir como mero ato de vontade, distorcendo a aplicação dos princípios como legitimador para toda e qualquer decisão que o julgador queira.

No Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área de saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais. Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania (STRECK, 2014, p. 202-203).

Por outro lado, há quem argumente que se trata de processo natural, pois o constituinte de 1988 declarou e reconheceu a existência dos vários direitos fundamentais sociais – entre eles a saúde; porém, o Poder Executivo não os concretizou plenamente e o Poder Legislativo não os regulamentou, dificultando ou até impedindo o exercício. Assim, considerando que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada ao Judiciário, o que desde então tem sido feito pelos interessados, somado ao

fato de que ao juiz não cabe se negar a decidir (proibição do *non liquet*) e de que ele deve zelar para que suas decisões tenham efetividade, com razão prolatam decisões visando a concretização de direitos sociais.

Tais decisões terminam por interferir nas políticas públicas típicas do Poder Executivo e, conseqüentemente, nos orçamentos. A exacerbação dessas interferências entre os Poderes tem o potencial de contribuir para um desequilíbrio perigoso à própria democracia, bem como ferir outros preceitos constitucionais, tais como as regras orçamentárias previstas diretamente no texto constitucional.

Para Barroso (2012 apud REISSINGER, 2016, p. 210), “o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes representativos, impedindo o atendimento efetivo de demandas sociais. Nessa dimensão também se encontra o entendimento de Habermas, que critica a conduta ativista devido a lesão à divisão funcional dos poderes. Para o filósofo alemão o ativismo judicial é uma anomalia”. Entretanto, Habermas (2001 apud REISSINGER, 2016, p. 210) “reconhece que pode ser indispensável a conduta do Judiciário, com as cautelas necessárias, numa zona intermediária entre a produção legislativa propriamente dita e a aplicabilidade do direito e dos discursos jurídicos que devem se complementar de maneira clara, tomados dos discursos de fundamentação”.

Há intenso debate acerca das decisões que tratam da judicialização das políticas públicas, em especial do direito à saúde. Para uns, não há dúvidas de que se trata de decisões que invadem a seara do Poder Executivo, pois não podem ser tomadas decisões judiciais que envolvam a análise discricionária política. Isso seria uma violação aos termos da separação dos Poderes, causando uma supervalorização do Poder Judiciário – o que, por fim, arruinaria a organização estrutural do Estado

constitucional. Para outros, as decisões são apenas exercício natural e legítimo constitucionalmente previsto, pois cabe ao judiciário tornar realidade o texto constitucional, tendo em vista ser o garantidor último das promessas do constituinte. Ademais, o Judiciário apenas age quando da omissão e/ou desvio do Poder Executivo na consecução das políticas públicas visando à concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição.

No julgado abaixo, após longos debates em audiências públicas, o STF enfrentou vários problemas que a judicialização da saúde acarreta, bem como se posicionou quanto aos inúmeros embates doutrinários e dos interessados públicos e privados. Destaco alguns:

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar, Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o

Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente.

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão de direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos (BRASIL, 2010, p. 10).

Passadas as fases de não reconhecimento do direito à saúde, de existência formal no texto constitucional e não aplicabilidade concreta, de reconhecimento tímido e chegando à sua fase atual de reconhecimento e concretude prática via jurisdicional, acreditamos que os temas ora mais discutidos sejam o conteúdo do direito à saúde e o alcance prejudicial das decisões às terceiras pessoas que não são beneficiadas por tais decisões.

A árdua posição do julgador é acentuada pela rotineira incompetência dos Poderes Executivos em não fornecer regular saúde pública; pelas situações urgentes em que são levadas ao Judiciário (rotina de decisões liminares em plantões judiciais sempre colocados sobre o crivo de suposta decisão de “vida ou morte”); por uma natural falta de conhecimento do julgador (por óbvio traçou sua carreira debruçado sobre livros jurídicos e não farmacológicos ou médicos); somados aos pareceres do Ministério Público (quando há tempo para tal), os quais quase nunca enfrentam o problema a fundo (pois os promotores sofrem dos mesmos males que afetam os julgadores) e costumeiramente vão no sentido de conceder o pleito.

Esse problema tem sido combatido particularmente por iniciativas pessoais de julgadores na busca de conhecimentos farmacológicos e médicos e institucionalmente por algumas escolas judiciárias dos tribunais, sempre no sentido de dotar os julgadores da maior quantidade e da melhor qualidade de informações acerca de medicamentos, tratamentos médicos, questões hospitalares e sanitárias para que possam tomar decisões efetivamente conscientes. Essa maior capacitação dos julgadores tem o potencial de evitar situações de abusos de direito dos interessados e de minimizar decisões por temor de que o paciente venha a morrer em virtude de uma negativa do Judiciário. Com isso, o conteúdo do direito à saúde vai tomando forma.

A segunda discussão envolve a análise do consequencialismo das decisões judiciais. Partindo-se do pressuposto da ciência econômica de que as necessidades são infinitas e os recursos são limitados, levando em conta que o direito à saúde é prestacional e necessariamente envol-

ve recursos financeiros, conclui-se facilmente que as decisões judiciais procedentes implicam gastos públicos com conseqüente influência no orçamento.

Diante disso, levanta-se a questão sobre até que ponto uma decisão que beneficia alguém individualmente poderia acarretar prejuízos à sociedade, ou seja, às demais pessoas que se utilizam e precisam da estrutura de saúde pública, a qual ficaria com menos recursos no orçamento. Tal análise ganha relevo diante de pleitos de altos valores (remédios caríssimos, de uso contínuo e por longa data, que apenas retardam a morte) e em face de municípios pequenos, com baixa arrecadação e parco orçamento. A questão é delineadora do próprio direito fundamental à saúde ou apenas um ajuste prático dentro da realidade experimentada?

Uma coisa parece certa: o julgador não pode fingir que tais implicações não façam parte de sua decisão, o que não significa anular ou inviabilizar tal direito constitucional. Esse tema deve ser debatido com a efetiva participação popular e receber tratamento teórico profundo.

4. Considerações finais

Observaram-se as fases que o STF – as quais também podem ser imputadas aos próprios operadores do Direito como um todo – necessitou para reconhecer, assimilar e passar a garantir os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde.

Por fim, as demais questões levantadas somente nos trazem a certeza de que a fase atual e plena vivenciada pelo STF quanto à resposta jurisdicional do direito à saúde não é a última, pois ainda continua em construção, o que demonstra a necessária historicidade que faltara no início. E isso é juridicamente saudável.

Sobre os autores

Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto do Mestrado em Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil.
E-mail: qpedron@gmail.com

João Carneiro Duarte Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Araguaia, Barra do Garças, MT, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil.
E-mail: joaoduarten@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

TRANSFORMATIONS OF THE STF UNDERSTANDING OF THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT: This article analyzes the STF's posture regarding the fundamental social right to health after the publication of the Federal Constitution of 1988, highlighting three phases. In the past, contextualization of the state's conformation against fundamental rights was made, indicating the alternating predominance of republican powers depending on the characteristics of the time experienced. We explore arguments for and against the issue of health judicialization. It is enough to touch on the theme of judicial activism of public policies. It seeks to demonstrate the current contours of the right to health and its consequences. Finally, it concludes by the necessary historicity of fundamental social rights and that the process of recognition, assimilation and real and concrete guarantee is still under construction. It was used the methodology of bibliographic research and of judgments of the Supreme Court.

KEYWORDS: FEDERAL COURT OF JUSTICE. FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS. HEALTH. JUDICIARY OF HEALTH. JUDICIAL ACTIVISM.

Como citar este artigo

(ABNT)

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99>.

(APA)

Pedron, F. Q., & Duarte, J. C., Neto (2018). Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 99-112. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Controle judicial difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos: contribuição para a construção de uma democracia cidadã no Brasil*. 2003. 394 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em agravo de instrumento n. 238.328-0/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Fernando Becker. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 18 fev. 2000a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=291210>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

¹Sem revisão do editor.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 195.192-3/RS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Rodrigo Skrsypcsak. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 31 mar. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo no recurso extraordinário n. 271.286-8/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, 24 nov. 2000c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal... *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de liminar n. 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União et al. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009. Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 nov. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ205_2011-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO>. Acesso em: 9 mar. 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 473-486, maio 1999.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen. La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas. In: _____. *Ensayos políticos*. Tradução de Ramón García Cotarelo. 2. ed. Barcelona: Península, 1994. p. 113-134.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. Um olhar reconstrutivo da modernidade e da “crise do Judiciário”: a diminuição de recursos é mesmo uma solução?. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74, p. 217-239, jul./dez. 2006.

_____. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

REISSINGER, Simone. *Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. 2007. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2018.

_____. *Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. 2008. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. *Ativismo judicial e o minimalismo de Cass Sustein: uma abordagem interpretativa do direito à saúde no Brasil*. 2016. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls

JOÃO HÉLIO FERREIRA PES
RAFAEL BATHOLT FLEIG

Resumo: Este artigo analisa o voto obrigatório à luz da democracia que a Constituição de 1988 visa concretizar, considerando a concepção de justiça de John Rawls, que afirma princípios de justiça que antecedem e orientam a própria Constituição, para responder à seguinte questão: o voto obrigatório instituído pela Constituição brasileira é justo? O método de abordagem foi o dedutivo, buscando-se as suas bases na doutrina e na Constituição, para então se utilizar da filosofia de John Rawls a fim de analisar as virtudes do voto obrigatório. Como procedimento, foi empregado o método histórico e comparativo, extraindo-se da história as justificações para o voto obrigatório para então compará-las com os princípios de justiça de John Rawls. A conclusão é que há uma frágil compatibilidade constitucional do voto obrigatório com o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que a justiça como equidade o considera injusto, quando não irracional.

Palavras-chave: Teoria da Constituição. Teoria da Justiça. Justiça como equidade. Democracia. John Rawls.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) surge como renascimento da democracia brasileira, após anos de um regime militar com pouca consideração pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Assim, já em seu primeiro artigo, afirma que a República Federativa do Brasil se constitui como Estado Democrático de Direito, confirmando a primazia desse conceito na ordem constitucional vigente.

Recebido em 16/1/18
Aprovado em 15/2/18

A instituição do Estado Democrático de Direito subordinou todo o ordenamento constitucional e infraconstitucional à efetivação do seu conteúdo. Assim, a ordem constitucional brasileira garante o império da lei, a divisão dos poderes, os direitos individuais e sociais, a soberania popular e a participação, direta ou indireta, do povo no poder. Esse conjunto de conteúdos ou princípios é a alma do Direito Constitucional brasileiro, regulando todas as outras normas do ordenamento jurídico em sua aplicação.

O conteúdo que decorre do Estado Democrático de Direito, inclusive sua própria denominação, é em grande parte axiológico. Ideais de justiça, liberdade e democracia evocam emoções e valores subjetivos nos indivíduos e, em virtude de sua positivação constitucional, orientam a aplicação do direito. Contudo, a Ciência do Direito não possui subsídio teórico o suficiente para lidar com tais conceitos, posto que se restringe a uma análise normativa sistêmica. Em virtude disso, o Direito deve recorrer às Teorias da Justiça para compreender e trabalhar com os conceitos axiológicos positivados na CRFB.

A CRFB, ao tratar dos direitos políticos dos brasileiros, previu no seu art. 14, § 1º, inciso I, a obrigatoriedade do voto. Assim, surge um problema de conteúdo, na medida em que se considera o voto obrigatório uma restrição à liberdade individual. A CRFB instituiu uma democracia, porém, ao obrigar os cidadãos a votarem, violou o sentido de democracia.

Uma análise desse dispositivo constitucional inevitavelmente aborda axiomas como democracia, soberania popular, direito, justiça etc. Por isso, necessita de uma Teoria da Justiça capaz de fundamentar adequadamente esses conceitos. A concepção de justiça como equidade de John Rawls, de tradição contratualista e racionalista, é capaz de fornecer o subsídio

teórico necessário para a análise do voto obrigatório.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar se o voto obrigatório previsto na CRFB é justo à luz dos princípios de justiça enunciados por John Rawls, com o intuito de responder ao seguinte problema de pesquisa: tendo em vista a democracia que a CRFB visa a concretizar e com base na ideia de John Rawls sobre princípios de justiça que antecedem e orientam a própria Constituição, pode-se afirmar que o voto obrigatório instituído pela CRFB é justo?

O método de abordagem é o dedutivo, buscando-se na doutrina e na CRFB as bases do voto obrigatório, para então se utilizar da filosofia de John Rawls a fim de analisar as virtudes do caráter desse voto. A metodologia de procedimento, por sua vez, é embasada nos métodos histórico e comparativo, com uma análise da evolução histórica do instituto do voto no Brasil, para extrair as justificativas da sua atual obrigatoriedade e, então, compará-las com os princípios de justiça de John Rawls, concluindo-se pela sua harmonização ou não.

Este trabalho está dividido em três partes. A primeira faz a justificação do uso da concepção de justiça de John Rawls como parâmetro para abordar dispositivos constitucionais, analisando-se a relação entre Teorias da Constituição e Teorias da Justiça, para depois apresentar a concepção de justiça como equidade. Na segunda parte, procede-se a uma análise do instituto do voto, com a enunciação de suas características, a análise de sua evolução histórica e de aspectos do direito comparado. Finalmente, a terceira parte analisa as possíveis razões que fundamentam o voto obrigatório, a compatibilidade constitucional deste e, por fim, sua justiça.

Ressalte-se que o voto é parte essencial do exercício da cidadania em qualquer democra-

cia. Analisar a justiça da forma que esse mecanismo toma no Brasil é essencial para determinar o tipo de cidadania que estamos formando no seio da sociedade brasileira.

1. Os princípios de justiça de John Rawls como padrão de análise da CRFB

O Constitucionalismo moderno preocupa-se com questões essenciais às Constituições, tais como Liberdade, Direitos Sociais, Democracia, Estado de Direito e Justiça. Tais questões carregam um conteúdo eminentemente histórico, social e axiológico, tornando-se muitas vezes insolúveis no campo da Ciência do Direito. Mas o Direito como gênero daquela não se abstém de analisar tais questões, podendo e devendo fazer recurso de teorias da Justiça e demais subsídios teóricos para dar respostas necessárias aos problemas que o circundam. Nesse sentido, surge uma preocupação com a objetividade da resposta dada a esses fundamentos.

Teorias embasadas na razão mais do que na intuição podem ser uma solução para tal preocupação com a objetividade. A Teoria da Justiça de John Rawls segue uma tradição racionalista e contratualista, oferecendo, assim, subsídio teórico suficiente e adequado a uma análise constitucional que se pretenda objetiva sem ter de abandonar o debate acerca de termos e disposições constitucionais com conteúdo mais valorativo e subjetivo.

1.1. Teoria da Constituição e Teoria da Justiça

O Constitucionalismo brasileiro inicia com a própria fundação do Estado brasileiro, decorrente de seu processo de independência em 1822 (CARVALHO, 2006). À primeira Constituição, outorgada em 1824, seguiram-se as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, e a CRFB (BRASIL, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988). O Direito Constitucional positivo brasileiro, conseqüentemente, passou por uma evolução ao longo do tempo até se tornar o que é hoje, conjugando as peculiaridades histórico-sociais brasileiras com os conceitos, princípios e tendências gerais do Direito Constitucional.

O desenvolvimento do Constitucionalismo brasileiro é concomitante com o desenvolvimento do Constitucionalismo moderno, dele sofrendo clara influência. Ademais, este propõe uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político, que se traduz no próprio instrumento da Constituição. Logo, as Constituições brasileiras surgem

como nascimento e renascimento do Estado brasileiro em diversos momentos históricos e sociais. Aliás, é o significado que se depreende do conceito histórico de Constituição (CANOTILHO, 2002, p. 53).

O sentido normativo de Constituição, aliado ao seu conceito histórico, permite a sua compreensão como sistema aberto de regras e princípios. Assim, as regras jurídicas constitucionais são orientadas por princípios também constitucionais, que se referem a valores ou axiomas como a justiça. Os princípios são, então, o fundamento das regras jurídicas, cumprindo uma função normogenética. Por fim, os princípios, além de possibilitarem a resolução de conflitos jurídicos, trariam legitimidade e renovação ao sistema jurídico-político do Estado, por meio da positivação de valores (dignidade, justiça, liberdade, democracia etc.) e da sua “textura aberta” (CANOTILHO, 2002, p. 1.148-1.149).

A interpretação e análise da Constituição pode limitar-se apenas a um dos significados que ela assume. Assim, poder-se-ia delinear a Constituição, num sentido sociológico, como a soma dos fatores reais do poder que regem um país; ou em um sentido político, como decisão sobre o modo e forma de existência da unidade política; ou, num sentido jurídico, como puro dever-ser. Porém, o Constitucionalismo moderno busca formular uma concepção estrutural de Constituição, que considera o seu aspecto normativo em conexão com a realidade social, que lhe dá seu conteúdo fático e o sentido axiológico (SILVA, 2012, p. 38-39).

As regras jurídicas positivadas na CRFB não podem ser resumidas a opções daqueles que detêm o poder político. Ao contrário, o conteúdo da CRFB revela os valores e aspirações, passados, presentes e futuros, de toda a comunidade brasileira, por meio de seus representantes no processo constituinte. Esses

valores e aspirações, explicitamente positivados na Constituição ou implicitamente derivados de seu texto, orientam e vinculam as regras jurídicas constantes do texto constitucional e as demais leis e condutas do Estado brasileiro.

A CRFB parece estar em conformidade teórica com a ideia de que a Constituição é instrumento fundacional do Estado e legitimador de sua ordem política. Em seu art. 1º, *caput*, faz referência a constituição de um Estado Democrático de Direito, bem como enuncia nos incisos de seu art. 3º os fins a que ele se propõe. Sobre isso, logo no inciso I desse artigo, afirma como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Quanto as diversas finalidades de um Estado, Carvalho (2006, p. 135), sintetizando a finalidade da justiça, refere-se a dois tipos: a comutativa e a distributiva. A primeira se refere a uma equivalência dos valores nas transações. É na segunda espécie de justiça que se insere o problema do “estabelecimento da justa distribuição dos benefícios e das obrigações” (CARVALHO, 2006, p. 158).

A CRFB trata do problema da justiça distributiva em suas disposições legais e seus princípios. Para os vários conflitos jurídicos que envolvem o tema é possível encontrar alguma determinação constitucional. Entretanto, a Constituição não é apenas legalidade, mas também a consagração dos valores de uma comunidade. Nesse sentido, é possível que determinada regra jurídica constitucional esteja em desconformidade com a ideia de justiça reinante na sociedade.

A análise da Constituição vai além da leitura de seu texto constitucional, buscando subsídio no campo da filosofia para efetivar realmente a finalidade da justiça a que se propõe o Estado. Dessa forma, questões de Direito constitucional resolvem-se com recurso ao texto normativo, sem prescindir de uma argu-

mentação filosófica que fundamente a justiça do caso.

Não obstante, Canotilho (2002, p. 1.335) alerta para um problema de fundamentação na teoria da Constituição e no Direito Constitucional em que o discurso argumentativo deslizaria para conceitos de decisão, discursos axiológicos e discursos hermenêuticos que encheriam o discurso teórico-constitucional de paradoxos, dilemas e teoremas. Contudo, Carvalho (2006, p. 10) ressalva que “a Teoria da Constituição não será consumida pelas teorias da justiça e da ação comunicativa, pois é ela que conduz a reflexão, explicação e justificação das leis fundamentais e dos seus princípios materiais estruturantes”.

Então, por mais que o Constitucionalismo moderno interprete as Constituições como sistemas abertos de regras e princípios, como instrumentos fundadores dos Estados e seus respectivos corpos políticos e como personificação dos valores de uma comunidade, o conjunto de regras jurídicas constitucionais sempre será o ponto de partida e de chegada do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição. Logo, não há real obstáculo ao uso de Teorias da Justiça como padrões de análise das Constituições, desde que se tenha consideração por toda a sistemática de regras e princípios constitucionais e sua aplicação e interpretação jurídicas.

1.2. Justiça como equidade

A CRFB deve ter uma Teoria da Justiça subjacente que justifique as opções constitucionais do povo brasileiro. Uma análise da real Teoria da Justiça por trás da CRFB ultrapassaria a capacidade do presente trabalho, motivo pelo qual este trabalho se contentará em elucidar uma possível Teoria da Justiça subjacente à CRFB, no tocante ao tema proposto.

Para esse propósito, Rawls (2008, p. 8) orienta que “permanecendo constantes as demais condições, uma concepção de justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis”. Ademais, o referido autor adverte que sua Teoria da Justiça tem por escopo a justiça distributiva, ou seja, “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social” (RAWLS, 2008, p. 8). Este é exatamente o tipo de conteúdo que o Constitucionalismo moderno consagra como eminentemente constitucional e que consta da CRFB. Logo, a Teoria da Justiça concebida por Rawls é capaz de servir de norte para uma análise da atual Constituição brasileira.

Apesar disso, ainda é necessário saber se as consequências mais amplas da teoria proposta por John Rawls são as mais desejáveis. Do contrário, estaremos diante de uma Teoria da Justiça insustentável perante a comunidade que se pretende orientar. Para isso, é necessário comparar as concepções de justiça concorrentes com a concepção de John Rawls.

Seria inviável para o presente trabalho fazer uma compilação de todas as concepções de justiça viáveis e concorrentes; portanto, serão comparadas apenas as mais tradicionais e vigentes no meio filosófico. E, concorrendo com a concepção de Rawls (2008, p. 14), denominada “justiça como equidade”, há o utilitarismo clássico, o perfeccionismo e o intuicionismo.

O utilitarismo clássico pode ser definido como a concepção de justiça que determina a maximização da utilidade, que, por sua vez, é a soma da satisfação dos desejos racionais. Assim, o utilitarismo toma emprestado um princípio para um indivíduo, isto é, o de maximizar o próprio bem-estar, e o aplica a toda a sociedade, de forma que é justa a promoção

ao máximo do bem-estar do grupo, realizando no mais alto grau o sistema abrangente de desejos, ao qual se chega a partir dos desejos de seus membros. Trata-se de uma teoria teleológica, que define o bem (nesse caso, a utilidade) independentemente do justo e, com efeito, define o justo como a maximização do bem (RAWLS, 2008, p. 26-30).

O perfeccionismo também é uma teoria teleológica. Aqui o bem é entendido como a realização da excelência humana nas diversas formas de cultura. São possíveis várias formas diferentes de perfeccionismo, na medida em que se estipulam diferentes parâmetros de realização da excelência humana – por exemplo, definindo-se como a perseguição do prazer, tem-se o hedonismo; definindo-se como a perseguição da felicidade, tem-se o eudaimonismo. Como se trata de uma teoria teleológica, justiça será a maximização do bem arbitrariamente escolhido e fundamentado por juízos de intuição (RAWLS, 2008, p. 31).

O intuicionismo, por sua vez, pode ser tanto teleológico quanto deontológico. A essência dessa concepção de justiça é a aceitação dos vários princípios fundamentais, por vezes conflitantes, em virtude da complexidade dos fatos morais, ao mesmo tempo em que não há regra alguma de prioridade para compará-los entre si. O equilíbrio entre os princípios é atingido através da intuição, por meio daquilo que parece ser mais justo (RAWLS, 2008, p. 41-49).

O utilitarismo, o perfeccionismo e o intuicionismo teleológico falham como concepções de justiça na medida em que a maximização do bem não serve como único padrão de justiça. Tanto a justiça utilitarista quanto a perfeccionista permitiriam que comunidades violassem direitos humanos básicos se no cálculo final o bem proposto fosse maximizado. Se eleitos como padrões de análise da CRFB, direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º poderiam ser violados em prol da concepção de bem da maioria da comunidade. É insustentável propor a violação de direitos básicos de uns para um maior bem de outros. Ademais, o intuicionismo, tanto deontológico quanto teleológico, falha na medida em que não apresenta uma regra de prioridade entre seus princípios, o que torna inviável o debate racional entre indivíduos com percepções divergentes (RAWLS, 2008, p. 31-49).

A justiça como equidade supera suas concorrentes, pois é uma teoria deontológica que não define o justo como a maximização do bem. Pelo contrário, a característica principal dessa concepção de justiça é a prioridade do justo sobre o bem. Assim, ela se conforma com certas considerações de bom senso como a que afirma uma certa inviolabilidade do indivíduo fundamentada na justiça ou direito natural, imune até mesmo ao bem-estar de todos os outros (RAWLS, 2008, p. 33-41).

A justiça como equidade não apenas se conforma aos juízos de bom senso dos indivíduos, como também é harmônica com a atual Teoria da Constituição e Direito Constitucional. A CRFB prevê, especificamente em seu art. 5º, garantias e direitos fundamentais dos indivíduos, reconhecendo uma esfera individual inviolável mesmo em face da totalidade da comunidade. Portanto, é viável e recomendável uma análise da CRFB pela concepção de justiça como equidade.

Em síntese, a justiça como equidade dá continuação à tradição contratualista de Locke, Rousseau e Kant. A ideia central é que indivíduos livres e racionais, interessados em promover seus próprios interesses, numa situação inicial e hipotética de igualdade, aceitariam determinados princípios como definidores das condições fundamentais de sua associação. A situação inicial e hipotética corresponde ao estado de natureza da teoria contratualista tradicional. Aqui os indivíduos decidem os princípios que regerão sua comunidade por trás de um véu de ignorância: não sabem seu lugar na sociedade, não sabem seus recursos, nem suas habilidades naturais, nem conhecem suas concepções de bem ou propensões psicológicas. Esse pacto principiológico numa situação de igualdade é uma garantia da justiça do acordo e arranjo da comunidade (RAWLS, 2008, p. 13-17).

Conforme Rawls (2008, p. 376), nessa posição original os indivíduos chegariam aos seguintes princípios:

Primeiro princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

Segundo princípio: as desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

(a) Se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como

(b) Estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade): os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos:

(a) Uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos;

(b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade;

Segunda regra de prioridade (a prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar): o segundo princípio de justiça precede lexicalmente o

princípio da eficiência e o princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades precede o princípio de diferença. Há dois casos:

(a) A desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm menos oportunidades;

(b) Uma taxa elevada de poupança deve, pesando-se tudo, mitigar o ônus daqueles que carregam esse fardo.

Logo, estes princípios de justiça e suas regras de prioridade constituem uma Teoria da Justiça capaz de fundamentar a CRFB. Desse modo, as normas constitucionais podem ser analisadas conforme o texto constitucional, ao mesmo tempo em que se faz referência a justiça como equidade como forma de suprir a necessidade de uma fundamentação da Constituição em atenção aos valores da comunidade, principalmente a ideia de justiça.

2. Análise do voto obrigatório

A CRFB, ao refundar o Estado Brasileiro em um novo momento histórico, pretendeu o constituir o Estado Democrático de Direito. Em virtude disso, incorporam-se no texto constitucional princípios do Estado de Direito concomitantes aos princípios democráticos. Como consequência lógica dos princípios democráticos, o art. 14 estabelece os meios de exercício da soberania popular e, dentre eles, prevê a obrigatoriedade do voto.

O presente trabalho centra-se na análise do mecanismo do voto e se sua obrigatoriedade se justifica ou não. Para tanto é necessário averiguar as características atuais do voto, bem como sua evolução histórica, de forma a extrair com a maior precisão possível as justificações plausíveis que circundam o voto obrigatório.

2.1. Direito de sufrágio e voto na CRFB

A CRFB, em seu art. 1º, inciso I, estabelece como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro a soberania e, complementando em seu parágrafo único, afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos (BRASIL, 1988). Em outras palavras, a soberania que fundamenta o Estado brasileiro emana do povo. Assim, a CRFB prevê o exercício da soberania popular de forma direta e indireta, citando no texto o sufrágio pelo voto, plebiscito, referendo ou iniciativa popular, nos termos do art. 14.

Logo, há uma distinção entre sufrágio e voto. O primeiro é o direito que decorre da soberania popular, ao passo que o segundo é um dos meios de exercer esse direito. Conforme Silva (2012, p. 356), “o sufrágio é um direito público subjetivo democrático, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade”. Quanto ao voto, o mesmo autor afirma que “o direito de sufrágio exerce-se praticando atos de vários tipos. No que tange à sua função eleitoral, o voto é o ato fundamental de seu exercício” (SILVA, 2012, p. 357).

Além de expressão da soberania popular, o sufrágio é um reflexo da democracia. Canotilho (2002, p. 301), ao analisar o princípio democrático, consagrado pela Constituição da República Portuguesa, de 1976 (PORTUGAL, 1976), e o direito de sufrágio, afirma que este traz legitimidade para a vontade política reinante, para a distribuição dos poderes, cria o “pessoal político” e marca o ritmo da vida política de um país.

A CRFB institui no *caput* do art. 1º um Estado Democrático de Direito. Consequentemente, o direito de sufrágio previsto no art. 14 também é expressão dessa regra constitucional. Ademais, sendo o voto uma das maneiras de exercer o direito de sufrágio, também este é uma expressão daquela regra.

A respeito do conteúdo que decorre da instituição de um Estado Democrático de Direito, Silva (2012, p. 112-119) lembra que isso não significa a soma dos conceitos de Estado de Direito e Estado Democrático, mas a criação de um conceito novo. Além de unir os princípios da submissão ao império da lei, da divisão de poderes e do enunciado e garantia dos direitos individuais aos princípios da democracia, adiciona-se um elemento de transformação do *status quo*. Sobre os princípios da democracia, Silva (2012, p. 131) afirma a existência de dois: o da soberania popular, em que o povo é a única fonte do poder, e o da participação, direta ou indireta, do povo no poder, sendo que no caso de participação indireta surge um princípio derivado de representação.

Portanto, o direito de sufrágio e o voto são consequências diretas da instituição de um Estado Democrático de Direito que se funda na soberania popular. O art. 14 da CRFB é consequência lógica das opções político-jurídicas do art. 1º, pois é uma exigência da democracia e da soberania popular o sufrágio universal e o consequente voto direto e secreto, com peso igual para todos.

Esclarece Carvalho (2006, p. 606-607) que sufrágio universal é o direito de votar e ser votado estendido a todos os cidadãos, sem qualquer forma de discriminação, aceitando-se apenas requisitos e condições genéricas, abstratas e aplicáveis a todos os cidadãos (idade, nacionalidade, alistamento, capacidade etc.). Voto direto é o método de escolha

que prescinde de eleitores intermediários. Voto secreto é aquele cuja escolha é privativa do eleitor. Por fim, voto com peso igual para todos reflete a ideia de *one man, one vote* (um homem, um voto), em que o voto de cada eleitor tem o mesmo valor.

Além dessas características, o art. 14, em seu parágrafo 1º, prevê que o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos, sendo facultativos para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 anos, mas menores de 18 anos (BRASIL, 1988).

2.2. Evolução histórica do voto obrigatório no ordenamento jurídico brasileiro

O período colonial estende-se desde o descobrimento do Brasil em 1500 até sua independência em 1822. Aqui não se pode falar propriamente em exercício dos direitos políticos como reflexo da soberania popular, pois o Brasil era colônia de Portugal. Mesmo assim, havia eleições com o voto restrito aos “homens bons”, isto é, aos senhores de escravos e grandes proprietários de terra (CARVALHO, 2008).

Com a independência do Brasil em 1822, tem-se a sua primeira Constituição outorgada em 1824 (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824). A partir desse momento, os direitos políticos passam a ser exercidos no contexto de um Estado soberano, como reflexo da soberania popular. Nessa primeira Constituição, havia quatro poderes: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Moderador. O Legislativo resumia-se à Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados, com mandatos de quatro anos, e pela Câmara de Senadores, vitalícios (CUNHA, 2004, p. 39-41).

Naquele momento, não havia Estado federado; portanto, o governo das províncias era exercido pelo respectivo Conselho-Geral.

Tanto nesse caso, quanto no da Assembleia Geral, a eleição era indireta e em dois graus, com eleitores escolhendo em assembleias paroquiais os eleitores de província que elegeriam os candidatos para o Conselho Geral da Província e para a Assembleia Geral (CUNHA, 2004).

Quanto ao voto, a idade mínima era de 25 anos, salvo se, maior de 21 anos, fosse casado, oficial militar, bacharel, clérigo, empregado público, independente econômico no geral. As mulheres não votavam. O analfabeto e o escravo liberto podiam votar. Os votantes de primeiro grau necessitavam de renda mínima de 100 mil-réis e os eleitores de segundo grau, de uma renda mínima de 200 mil-réis (CARVALHO, 2008).

Ressalte-se, ainda, que a primeira Lei Eleitoral foi promulgada um dia depois da outorga da Constituição de 1824. Em 1828 foi editado decreto que modificava aquela Lei, prevendo multa por ausência injustificada às eleições. Assim, pode-se afirmar que, de certo modo, houve a introdução do voto obrigatório. Por fim, ao longo do período imperial (1822-1889), novas leis modificaram os direitos políticos, merecendo destaque a Lei Saraiva, de 1881 (IMPÉRIO DO BRAZIL, 1881), que aboliu a eleição indireta, excluiu o voto do analfabeto e previu os crimes eleitorais (CUNHA, 2004).

Com a proclamação da República em 1889, inicia-se uma nova época para os direitos políticos. Com a promulgação da Constituição de 1891, a idade eleitoral ativa é fixada em 21 anos e o sufrágio universal é preconizado. Entretanto, o direito ao voto continuou negado aos analfabetos, aos mendigos, aos militares de baixa patente, aos religiosos e às mulheres. A Lei nº 35 de 1892 (BRASIL, 1892) prevê expressamente, pela primeira vez, o sigilo do voto. Por fim, a organização do Estado brasi-

leiro em uma Federação permitiu a qualificação tripla do eleitor: federal, estadual e municipal (CUNHA, 2004).

Após a Revolução de 1930, uma nova Constituição é promulgada em 1934. Nela previu-se como eleitores os brasileiros de ambos os sexos e maiores de 18 anos. O voto tornou-se obrigatório para os homens e mulheres que exercessem atividades remuneradas. Ressalte-se que, antes da nova Constituição, foi promulgado o Decreto nº 21.076/1932 (BRASIL, 1932), que criou a Justiça Eleitoral, previu o sistema proporcional, adotou o voto secreto, a obrigatoriedade expressa de inscrição eleitoral e do voto, o sufrágio feminino, facultando-se o alistamento eleitoral da mulher, e a exclusão expressa do analfabeto (CUNHA, 2004).

Com a implantação do Estado Novo, em 1937, outorgou-se nova Constituição no mesmo ano, por cujo silêncio se deu por extinta a Justiça Eleitoral. Além disso, a eleição para Presidente da República, Câmara dos Deputados e Conselho Federal (substituindo o Senado) passou a ser indireta. Quanto aos demais direitos políticos, repetiu-se a normatização anterior (CUNHA, 2004).

Após o Decreto-Lei nº 7.586/1945 (BRASIL, 1945b) e da Lei Constitucional nº 9/1945 (BRASIL, 1945a), as eleições passaram a ser diretas novamente e os eleitores eram os brasileiros de ambos os sexos e maiores de 18 anos de idade, excluindo-se os analfabetos, militares em serviço ativo (exceto os oficiais), os mendigos e os que estivessem temporária ou definitivamente tolhidos em seus direitos políticos. O alistamento e o voto eram obrigatórios, sendo facultativos apenas para os inválidos, os maiores de 65 anos, os brasileiros a serviço do País no estrangeiro, os oficiais das Forças Armadas em serviço ativo, os funcionários públicos em gozo de licença ou férias fora do seu domicílio, os magistrados e as mulheres que não exercessem profissão lucrativa (CUNHA, 2004).

Em 1946, promulgou-se nova Constituição em que se restabelecia a Justiça Eleitoral, na estrutura do Poder Judiciário. Além disso, manteve-se o sufrágio universal e obrigatório para brasileiros homens e mulheres maiores de 18 anos, remetendo as hipóteses de voto facultativo para Lei posterior. Excluiu-se do alistamento eleitoral os analfabetos, aqueles que não soubessem se exprimir em língua nacional, aqueles que estivessem com os direitos políticos privados, temporária ou definitivamente, e os militares de baixa patente (CUNHA, 2004).

Em 1961, a Emenda Constitucional de nº 4/1961 (BRASIL, 1961) estabeleceu o regime parlamentarista, instituindo a eleição indireta para Presidência da República, passando-se as funções de Chefe de Governo para o presidente do Conselho de Ministros, escolhido pelo Presidente da República ou, em caso de recusa pela Câmara dos Deputados, pelo

Senado Federal. Contudo, a Emenda nº 6/1963 (BRASIL, 1963) restabeleceu o presidencialismo, com eleições diretas, previsto na ordem constitucional de 1946 (CUNHA, 2004).

Com o movimento militar de 31 de março de 1964 e os posteriores Atos Institucionais, foi imposta a eleição indireta para Presidente da República, ampliaram-se em grande parte as hipóteses de inelegibilidade e permitiu-se a cassação dos direitos políticos por dez anos de qualquer um, bem como a dos mandatos legislativos federais, estaduais e municipais por ato do comando do movimento e, posteriormente, por ato do Presidente da República. O alistamento e o voto continuaram obrigatórios, excluindo-se a hipótese de facultatividade de alistamento eleitoral da mulher que não exercesse função remunerada (CUNHA, 2004).

Em 1967, foi promulgada nova Constituição, que manteve as disposições anteriores acerca dos direitos políticos. Em 1969, a Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1 sem grandes alterações na parte dos direitos políticos (CUNHA, 2004).

Em 5 de outubro de 1988, é promulgada a CRFB, que inaugurou um novo momento para os direitos políticos. Consolidou-se o voto direto e secreto, com valor igual a todos. O voto estabeleceu-se como obrigatório para os maiores de 18 e menores de 70, e facultativo para os maiores de 70 e maiores de 16, mas menores de 18, bem como para os analfabetos (CARVALHO, 2008).

2.3. O voto facultativo no cenário internacional

É importante exercitar o Direito Constitucional Comparado, co-tejando alguns dos ordenamentos constitucionais de países que se inserem na vertente denominada Direito Constitucional democrático clássico. Dessa forma, pretende-se demonstrar, resumidamente, que a tradição democrática tem mais afinidade com a ideia de facultatividade do voto do que com a sua compulsoriedade.

Na Espanha, todo espanhol maior de 18 anos está apto a votar e ser votado. Além disso, a inscrição eleitoral é legalmente prevista como obrigatória, constituindo-se como pressuposto para o voto. Entretanto, a ausência de sanção legal torna a inscrição eleitoral, na prática, facultativa. Como a inscrição eleitoral é pressuposto para votar, se na prática não há sanção legal que compele os espanhóis a obrigação da inscrição eleitoral, a consequência prática é a facultatividade do voto (CUNHA, 2004).

Na França, nascedouro da tradição europeia constitucional continental, existem quatro condições para a aquisição do direito ao sufrágio:

idade, capacidade, nacionalidade e inscrição nas listas eleitorais. Quanto a esta, a inscrição em lista eleitoral é obrigatória, mas não há sanção prevista, ao mesmo tempo em que o voto não é obrigatório. Na Inglaterra, fundadora da tradição europeia constitucional insular, o voto também não é obrigatório (CUNHA, 2004).

Esses dois exemplos oferecem grande peso ao argumento da falta de fundamentação para o voto obrigatório. França e Inglaterra são países que figuraram ao longo da história como protagonistas dos processos que compuseram o Constitucionalismo e o moldaram até sua forma moderna. Além disso, ambos os países também protagonizaram vários processos históricos decisivos para delinear o conceito de democracia. A opção dos dois países pelo voto facultativo advoga em prol de sua maior proximidade com a ideia de Estado Democrático de Direito.

3. A (in)justiça do voto obrigatório no Brasil

Dada a evolução histórica dos direitos políticos e o tratamento jurídico da matéria, é possível perceber algumas justificativas para a instituição do voto obrigatório. Essas razões são essenciais para a análise da justiça do voto obrigatório, visto que o resultado da análise dependerá da força destes argumentos. Por isso, é necessário extrair da História e da Teoria da Constituição esses argumentos, para em seguida testar as suas premissas e, então, submetê-los à concepção de justiça como equidade.

3.1. Fundamentos do voto obrigatório na CRFB

Historicamente, poder-se-ia argumentar que o processo de formação do Estado brasileiro induz à adoção do voto obrigatório. O Brasil, com a herança do seu passado colonial, necessitaria levar os seus cidadãos a desenvolverem um apreço por seus direitos políticos conquistados. Nesse sentido, Carvalho (2008, p. 43), comentando os poucos movimentos de reivindicação pela ampliação do voto durante a Primeira República, informa:

Os críticos da participação popular cometeram vários equívocos. O primeiro era achar que a população saída da dominação colonial portuguesa pudesse, de uma hora para outra, comportar-se como cidadãos atenienses, ou como cidadãos das pequenas comunidades norte-americanas. O Brasil não passara por nenhuma revolução, como a Inglaterra, os Estados Unidos, a França. O processo de aprendizado democrático tinha que ser, por força, lento e gradual.

Os direitos políticos na Primeira República haviam decorrido da queda do regime monárquico devida à perda de apoio das elites. A nova tradição constitucional inaugurada pela Constituição de 1891 incorporou os anseios e tendências das elites intelectuais do País, mas não estaria refletida nos costumes do povo ainda. Nesse sentido, a prática dos direitos políticos deveria ser forçada até se tornar costumeira; por isso, seria necessário o voto obrigatório.

Este argumento não se sustenta. Em primeiro lugar, admitindo-se o argumento como válido, seria forçoso sustentar que, desde a independência até a CRFB, tendo visto nada menos do que sete Constituições diferentes, o povo brasileiro ainda necessita ser introduzido lenta, gradual e forçosamente aos seus direitos políticos. De fato, as heranças históricas têm impacto nos dias atuais, mas não em medida tão grave nos quesitos dos direitos políticos. Aliás, a CRFB foi uma conquista da sociedade que se viu finalmente livre do regime militar que perdurava desde a década de 1960.

Em segundo lugar, não se pode admitir o argumento como válido quando se considera que os próprios países que foram protagonistas no desenvolvimento dos direitos políticos têm um povo com consciência destes em virtude de terem tido a liberdade de exercê-los e experimentar-los. Como o próprio Carvalho (2008, p. 44) afirma: “equivoco era achar que o aprendizado do exercício dos direitos políticos pudesse ser feito por outra maneira que não sua prática continuada e um esforço por parte do governo de difundir a educação primária”.

O tipo de aprendizado prático que o voto proporciona só tem valor quando se é livre para exercê-lo; do contrário, torna-se apenas obediência cega a uma determinação de cima para baixo. Por conseguinte, o argumento histórico de que o povo necessita ser introduzido aos seus direitos políticos não se sustenta em virtude do atual nível de desenvolvimento da sociedade brasileira, do aprendizado político que só é eficiente num ambiente livre e do caráter público que têm as disposições constitucionais.

Outro argumento, também histórico, reporta a necessidade de manter uma grande participação popular nas eleições como forma de garantir a legitimidade dos eleitos. Assim, o voto é obrigatório porque, do contrário, poucos cidadãos votariam e, conseqüentemente, os eleitos não disporiam da mesma legitimidade para governar.

Tratando da problemática do voto obrigatório, Cunha (2004, p. 247) afirma que “atualmente, a única razão para se obrigar o brasileiro a votar é o temor de que grandes abstenções provoquem um enfraquecimento das instituições e da democracia, pois, a princípio, não estaríamos preparados para obedecer um governante pouco votado”. O problema

desse argumento está no fato de que o voto obrigatório não implica necessariamente uma escolha entre candidatos. Existem votos brancos e nulos e, mesmo assim, não há propostas no sentido de acabar com essas opções porque uma alta taxa de votos brancos e nulos enfraqueceria as instituições democráticas.

As instituições democráticas funcionam porque seus dirigentes são eleitos. Por sua vez, os dirigentes são legítimos, pois são eleitos. As pessoas aceitam esse jogo democrático independentemente do resultado, pois puderam participar dele seja votando, seja anulando, seja se abstendo. Compelir as pessoas a irem às urnas não adiciona valor algum, nem garante segurança aos regimes democráticos. De fato, na hipótese em que se presenciassem altos índices de abstenção às urnas, tal qual como acontece atualmente quando há altos índices de votos brancos e nulos, haveria discussões sobre renovação política dentro dos limites democráticos, sobre aproximação dos políticos com seu eleitorado e sobre conscientização do povo para o exercício da cidadania. Isso não é instabilidade, mas reforço da democracia.

Desse modo, o argumento da necessidade do voto obrigatório como forma de legitimação democrática não se sustenta justamente em virtude da equivalência de resultados entre a situação em que há votos brancos e nulos e a situação em que ocorrem abstenções. Aliás, a situação em que é possível abster-se de votar, por ser mais livre, é preferível à hipótese contrária. Da mesma forma conclui Cunha (2004, p. 248): “Assim, na prática, o poder de coerção da obrigatoriedade do voto é moral, [...], mas é um poder muito pequeno e que desmoraliza o voto, sendo preferível dar ao eleitor a faculdade de votar, e não dar um direito que é uma obrigação”.

Existem argumentos também oriundos da Teoria da Constituição e do Direito

Constitucional. Um deles seria o uso do voto obrigatório como forma de concretizar a soberania popular enunciada no parágrafo único do art. 1º da CRFB. De forma análoga, Niess (1994, p. 27) refere-se a esse argumento no âmbito do alistamento eleitoral: “é com ele que se viabiliza o exercício do direito de votar e ser votado, tornando concreto o princípio de que ‘o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente’ (CF, art. 1º, parágrafo único)”.

Nesse argumento há uma contradição lógica. A soberania popular é entendida como um poder do povo que submete todo o Estado. Em seguida, afirma-se que a soberania popular é exercida por meio do sufrágio, que por sua vez tem o voto como forma mais elementar de exercício. Por fim, estabelece-se a obrigatoriedade do voto como forma de garantir o exercício da soberania.

Se a soberania popular é um poder que emana do povo e que tem este como seu titular, é de sua essência que seu uso se dê quando, como e na medida em que o seu titular determine. A possibilidade de uso da soberania popular pelo povo é o que a determina como poder deste. Conseqüentemente, se o voto é o meio pelo qual se exerce o sufrágio, que por sua vez é a via de concretização da soberania popular, o povo como seu titular é quem decide se exercerá ou não seu poder em determinada situação. O voto obrigatório, ao contrário, implica a submissão da soberania popular ao Estado, uma vez que não é mais o povo que a concretiza pelo voto voluntário, mas uma determinação estatal que o força a votar.

Outro fundamento do voto obrigatório, oriundo da Teoria Constitucional, é enunciada por Silva (2012, p. 358-359) quando analisa a natureza do voto. O autor entende a natureza do voto como direito público subjetivo, mas também função da soberania popular, na me-

dida em que se consagra como instrumento de sua atuação. Ao mesmo tempo, o autor afirma o voto como um dever político-social, pois é o meio pelo qual o indivíduo participa da política e manifesta sua vontade, não se caracterizando, contudo, como dever jurídico.

Silva (2012, p. 359), ao se deparar com a necessidade de justificar a previsão do voto obrigatório no art. 14, parágrafo 1º, inciso I, da CRFB, afirma:

Convém entender bem o sentido da obrigatoriedade do voto, prevista no citado dispositivo constitucional, para conciliar essa exigência com a concepção de liberdade de voto. Aquela obrigatoriedade não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente seu voto. Significa apenas que ele deverá comparecer à sua seção eleitoral e depositar sua cédula de votação na urna, assinando a folha individual de votação. Pouco importa se ele votou ou não votou, considerado o voto não o simples depósito da cédula na urna, mas a efetiva escolha de representante, dentre os candidatos registrados. A rigor, o chamado voto em branco não é voto. Mas, com ele, o eleitor cumpre seu dever jurídico, sem cumprir o seu dever social e político, porque não desempenha a função instrumental da soberania popular que lhe incumbia naquele ato.

Assim, na opinião do autor, o voto obrigatório não é uma violação da liberdade de votar, porque o conceito de voto usado é restrito à escolha entre candidatos. Nesses termos, o voto é livre enquanto o indivíduo não é forçado a optar por determinado candidato; isto é, há uma escolha a ser feita entre representantes distintos, há liberdade de votar. Ao lado desta, haveria apenas um dever jurídico de comparecimento às urnas.

Não adotando este conceito restrito de voto, mas chegando a entendimento semelhante, Carvalho (2006, p. 607) fala sobre as várias características do voto, dentre as quais:

c) obrigatoriedade do comparecimento, exigindo-se ainda do eleitor o depósito do voto na urna, e a assinatura da folha individual de votação, salvo as exceções constitucionais quanto ao voto facultativo, sob pena de imposição de multa. Trata-se, no entanto, de obrigatoriedade formal, já que, por envolver escrutínio secreto, não há como se exigir que o eleitor efetivamente vote; d) liberdade: o cidadão escolhe a melhor alternativa que lhe convier, ou seja, manifesta sua preferência em relação a um candidato entre os que disputam o pleito eleitoral, sendo-lhe ainda facultado o voto em branco ou nulo;

Mais uma vez, o voto obrigatório seria compatível com as Constituições atuais e suas exigências por democracia e consequente liberdade de voto, em virtude da possibilidade de se anular o voto ou de votar em branco. Não havendo obrigação na escolha dos candidatos,

isto é, no conteúdo do voto, não há violação da liberdade de voto, mas mera formalidade a ser atendida.

Apesar disso, essas considerações não constituem argumento sólido. Considerar o voto apenas como a escolha dos candidatos parece mais uma opção de conveniência do que uma exigência do conceito de voto. É corrente o uso do termo voto para indicar todo o processo de ir até a urna e emitir seu voto. Aliás, não fosse esse o sentido correto, seriam supérfluas muitas das características que compõem o conceito de voto enunciadas pelo Direito Constitucional, como a ideia de personalidade, em que o voto é emitido pessoalmente, não sendo possível o uso de procuração.

Além disso, por mais que se considere a obrigação de comparecimento como mera obrigação formal, em virtude de não ser possível forçar o voto em determinado sentido, ela é uma característica do voto a par da liberdade de conteúdo deste. Assim, ao se considerar o voto como um todo, isto é, com todas as suas características e peculiaridades, ele será inevitavelmente considerado como obrigatório. Por fim, se há apenas obrigação de comparecimento, mera formalidade, há necessidade de justificá-la; do contrário, vigora uma arbitrariedade desprovida de sentido. Contudo, os autores referidos não indicam razões para a manutenção desta formalidade.

O último argumento da doutrina constitucional quanto ao voto obrigatório, apresentado neste trabalho, encontra-se na obra de Canotilho (2002, p. 303):

O princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coação física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange, assim, o *se* e o *como*: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade no votar. Desta forma, independentemente da sua caracterização jurídica – direito de liberdade, direito subjetivo –, o direito de voto livre é mais extenso que a proteção do voto livre. Na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade.

É correta a opinião do autor. De fato, a liberdade de votar engloba a decisão sobre votar ou não e em quem votar. Não se pode considerar apenas um desses aspectos ao avaliar determinado voto, mas ambos como parte do direito de voto livre. Não obstante, a CRFB estipula o voto como obrigatório ao mesmo tempo em que não faz referência expressa a um princípio de voto livre, podendo este apenas ser deduzido da vontade constitucional de instituir um Estado Democrático de Direito. Logo,

pode-se considerar o voto obrigatório como constitucionalmente fundamentado, mas não materialmente sustentado. Nesse sentido, é preciso concordar com aqueles que ensinam que há normas constitucionais que são apenas formalmente constitucionais (PES, 2010).

Com efeito, os fundamentos do voto obrigatório resumem-se em: a) construir um espírito cívico na população; b) garantir a legitimidade dos agentes democráticos; c) concretizar a soberania popular; e d) a inexistência do voto obrigatório, há apenas comparecimento formal. Todos esses argumentos foram analisados e mostraram fragilidades. Todavia, se o voto obrigatório se demonstra uma instituição frágil, resta saber se ele está em conformidade com a ideia de justiça.

3.2. Análise constitucional do voto obrigatório

O voto obrigatório está previsto no art. 14 da CRFB. Esse artigo, por sua vez, está inserido no Capítulo IV, referente aos Direitos Políticos, e esse capítulo encontra-se dentro do Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Neste sentido, a CRFB consagra os direitos políticos como Direitos Fundamentais do cidadão brasileiro; conseqüentemente, o voto integra-se em sua esfera.

Para a análise deste direito fundamental, utiliza-se a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. O autor propõe para a análise das normas de direitos fundamentais o recurso ao conceito semântico de norma, que consiste na diferenciação entre enunciado normativo e norma. As normas são identificadas com recurso às modalidades deônticas básicas: dever, proibição e permissão (ALEXY, 2015).

As modalidades deônticas básicas podem ser reciprocamente definidas. Dessa forma, a permissão pode contrapor-se ao dever. Igualmente, a permissão pode opor-se à proibição. Essas possibilidades permitem o esboço de um quadro deôntico onde o dever, a proibição, a permissão positiva, a permissão negativa e o somatório das duas últimas, a faculdade, se inter-relacionam (ALEXY, 2015).

Assim, o enunciado normativo do art. 14 da CRFB, no que concerne ao voto obrigatório, é o seguinte: o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos. A norma correspondente é descrita pela modalidade deôntica do dever: os maiores de 18 anos devem votar. A reciprocidade entre as modalidades deônticas permite a reelaboração da norma: os maiores de 18 anos estão proibidos de não votar; os maiores de 18 anos têm permissão para votar; e os maiores de 18 anos não têm permissão para não votar. Note-se que a existência da permissão positiva e a ausência da permissão negativa impedem a existência de uma faculdade de votar.

As normas de direitos fundamentais não são apenas regras, mas também são compostas por princípios. A diferença entre ambos estaria no fato de que princípios são mandamentos de otimização, ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas existentes, ou seja, princípios são satisfeitos em graus diferentes. Quando princípios colidem, a resolução se faz pelo sopesamento no caso concreto, sem haver a exclusão do princípio porventura afastado. Disso decorre seu caráter de razão *prima facie*, o que significa dizer uma indeterminabilidade da extensão de seu conteúdo em face de princípios colidentes e possibilidades fáticas: somente após a colisão de princípios e sua resolução no caso concreto é que se tem uma determinação (ALEXY, 2015).

As regras, por sua vez, são determinações do que é possível fática e juridicamente: ou são satisfeitas ou não o são. Quando regras colidem entre si, a solução se dá pela exclusão da regra inválida (pelos critérios cronológico, hierárquico ou específico) ou pela introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Disso decorre o seu caráter de razão definitiva, o que significa a determinação da extensão de seu conteúdo fático e jurídico. Mesmo assim, levando-se em consideração o princípio de que regras estabelecidas por autoridades legitimadas devem ser respeitadas, pode-se afirmar a existência de um caráter *prima facie* dessas (ALEXY, 2015).

Portanto, a regra de direito fundamental estabelecida pelo art. 14, § 1º, inciso I, tem um princípio formal subjacente a ela que se refere à exigência de sua obediência em virtude de seu estabelecimento por autoridades legitimadas para tanto. Ao mesmo tempo, o art. 5º, II, da CRFB, estabelece um princípio de legalidade e de liberdade ao referir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988). Carvalho (2006, p. 512) alude a esse dispositivo como “o ponto de contato entre a liberdade e a legalidade”. Mesmo entendimento tem Silva (2012, p. 236) ao dizer que o “art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade, [...]. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação”.

Nesse sentido, o art. 5º, inciso II, enuncia dois princípios: o da liberdade e o da legalidade. Este sustenta o voto obrigatório do art. 14, § 1º, inciso I, ao passo que aquele se opõe a este. Ademais, a CRFB, em seu art. 1º, *caput*, constitui o Brasil como Estado Democrático de Direito. Portanto, tal artigo enuncia outros dois princípios: o do Estado de Direito e o da Democracia. Como o princípio da Democracia tem como corolário o sufrágio universal e igual, e em virtude deste se enun-

cia o princípio da Liberdade do voto (CANOTILHO, 2002, p. 301-303), também o princípio da Democracia repugna a obrigatoriedade do voto.

Há no bojo da CRFB uma colisão de princípios quando se analisa o voto obrigatório do art. 14, § 1º, I. De um lado, o princípio da Democracia e o princípio da Liberdade. De outro, o princípio da Legalidade. Tal colisão de princípios só pode ser resolvida no caso concreto, observando-se as circunstâncias jurídicas e fáticas que o envolvem e aplicando-se a Lei de Colisão de Alexy (2015, p. 99): “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

O presente trabalho não pretende efetuar o aprofundamento teórico suficiente para concluir definitivamente a questão sobre uma possível inconstitucionalidade do voto obrigatório. Nem é seu propósito concluir a questão do voto obrigatório em sede de Teoria Constitucional. Enfatiza-se, novamente, que este trabalho visa enunciar um problema presente na CRFB, isto é, o voto obrigatório, e resolvê-lo no âmbito das Teorias da Justiça.

Logo, é suficiente notar que no conflito constitucional-principiológico acerca do voto obrigatório há dois princípios, o da Democracia e o da Liberdade, que repugnam tal obrigatoriedade, ao passo que apenas o princípio da Legalidade o sustenta. Assim, superficialmente é possível concluir que na esteira do Direito Constitucional um peso maior assiste à rejeição do voto obrigatório. As razões de efetivação da democracia e garantia da liberdade dos indivíduos parecem ter peso maior quando confrontadas com um apelo formal ao cumprimento das decisões do constituinte.

3.3. A (in)conformidade do voto obrigatório com a justiça como equidade

Conforme já foi dito, a justiça como equidade formulada por John Rawls é adequada para analisar a justiça dos dispositivos constitucionais em virtude de sua conformação com o bom senso acerca da ideia de justiça. De acordo com sua teoria (RAWLS, 2008), os indivíduos num estado hipotético de igualdade, garantido pelo véu da ignorância, pactuariam reger suas associações por dois princípios básicos: um princípio de liberdade, referente às liberdades fundamentais, e um princípio de diferença, referente às desigualdades sociais e econômicas. Estes princípios seriam aplicados à estrutura básica da sociedade, isto é, às instituições que regem a atribuição de direitos e deveres e regulam a distribuição das vantagens sociais e econômicas.

O art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB estabelece o voto obrigatório em sede de direitos políticos, como um direito fundamental do cidadão brasileiro. É evidente que se trata de uma regulamentação de uma liberdade política fundamental. Portanto, para o presente trabalho será pertinente apenas o princípio de liberdade de John Rawls. Além dos dois princípios, os indivíduos também pactuam regras de prioridade, de forma a possibilitar o debate racional e a solução de controvérsias quanto aos princípios e litígios decorrentes do convívio social (RAWLS, 2008, p. 49-55). Logo, a correspondente regra de prioridade da liberdade também será aplicável a análise do voto obrigatório.

O primeiro princípio, o da liberdade, tem a seguinte formulação: “Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades” (RAWLS, 2008, p. 376). Por sua vez, a primeira regra de prioridade, a prioridade da liberdade, tem a seguinte formulação:

Os princípios de justiça devem ser dispostos em ordem lexical e, portanto, só se podem restringir as liberdades básicas em nome da própria liberdade. Existem dois casos: (a) uma liberdade menos extensa deve fortalecer o sistema total de liberdades partilhado por todos; (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm menor liberdade (RAWLS, 2008, p. 376).

Uma ordem lexical (RAWLS, 2008, p. 52) é aquela em que o primeiro princípio deve ser satisfeito completamente ou não ser aplicável para se passar ao próximo princípio, e assim por diante. Nesse sentido, há prioridade da liberdade em relação ao princípio da diferença. Garante-se primeiro o sistema global de liberdades para então se discutirem as questões econômico-sociais. O foco no voto obrigatório mantém a discussão circunscrita ao âmbito do primeiro princípio; logo, a relevância da regra de prioridade acima enunciada restringe-se à análise dos casos em que a liberdade é restringida em nome da liberdade.

O voto obrigatório refere-se a uma liberdade política fundamental, que é a liberdade de votar. A justiça como equidade oferece como parâmetros relevantes de análise o princípio da liberdade e a regra de prioridade da liberdade. Portanto, a justiça ou injustiça do voto obrigatório será resultado de uma justificação nesses termos. É necessário avaliar se as razões fundamentadoras do voto obrigatório ampliam ou fortalecem o sistema total de liberdades compartilhado por todos.

Conforme orienta Alexy (2015, p. 220-229) sobre o conceito de liberdade, a proibição desta só é descrita com a menção à pessoa que não é livre, o obstáculo a que ela é submetida e aquilo que esse obstáculo impede. Assim, pode-se falar numa liberdade específica, expressa nesses

termos, na liberdade de uma pessoa, como o conjunto das liberdades específicas, e na liberdade de uma sociedade, expressa como a soma das liberdades das pessoas. Porém, a liberdade jurídica é analisada com base no conceito de permissão. Por consequência, a proibição jurídica é a proibição do objeto da liberdade, ou seja, um sujeito não é juridicamente livre, quanto à determinada ação, se a abstenção ou a realização lhe é juridicamente obrigatória.

O voto obrigatório ficou demonstrado como um dever dos maiores de 18 anos, como uma proibição de não votar dos maiores de 18 anos e como uma permissão para votar, mas não para não votar, dos maiores de 18 anos. Seguindo esta lógica deontológica, pode-se afirmar que a liberdade dos maiores de 18 anos está restringida, tendo em vista que não há uma permissão para não votar; logo, ausente está a faculdade, isto é, a liberdade. Como se trata de uma regra jurídica, isto é, o art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB, há uma proibição jurídica relativa a um objeto da liberdade, qual seja, a faculdade de votar.

A existência dessa proibição jurídica à faculdade de votar representa uma restrição da liberdade específica dos indivíduos. Estes, por consequência, terão uma liberdade pessoal menor e, em virtude disto, a liberdade da sociedade será menor. Portanto, não restam dúvidas de que o voto obrigatório representa uma restrição ao sistema total de liberdades de que os brasileiros desfrutam.

Como já foi mencionado, as justificativas para a consagração do voto obrigatório na CRFB são as seguintes: a) construir um espírito cívico na população; b) garantir a legitimidade dos agentes democráticos; c) concretizar a soberania popular; e d) a inexistência do voto obrigatório, há apenas comparecimento formal. Cada uma deve então ter seu impacto analisado. A fragilidade desses argumentos já

foi analisada, porém, resta mencionar a possibilidade de estes contribuírem para o fortalecimento ou a maior extensão do sistema total de liberdades da sociedade brasileira.

Argumentar que o voto obrigatório serviria para orientar e ensinar a população brasileira acerca de seus direitos políticos teria como consequência direta uma ampliação do sistema total de liberdades da sociedade brasileira, na medida em que uma população mais esclarecida acerca dos seus direitos fundamentais poderia exercer maior liberdade contra a atuação estatal e maior dirigismo nas ações deste. Contudo, como foi argumentado anteriormente, a prática cega de um direito não traz real esclarecimento, nem o povo é alheio aos seus direitos. Portanto, o voto obrigatório permanece restringindo a liberdade sem oferecer uma maior extensão do sistema total de liberdades.

A garantia de legitimidade dos agentes democráticos também se presta, à primeira vista, a sustentar um regime geral de liberdades mais extenso, em virtude de que a estabilidade democrática viabiliza o exercício da totalidade das liberdades dos indivíduos. Entretanto, como anteriormente se demonstrou, é a existência do voto, não a obrigatoriedade deste, que confere legitimidade aos agentes democráticos e, conseqüentemente, garante a estabilidade democrática essencial às liberdades dos indivíduos. Logo, o voto obrigatório sustentado nesses termos, não oferece real fortalecimento do sistema total de liberdades da sociedade brasileira.

A concretização da soberania popular como forma de escolha dos rumos do Estado e sua forma de atuação é essencial para a garantia das liberdades. Dessa maneira, poder-se-ia argumentar que o voto obrigatório reforça e concretiza a soberania popular e, conseqüentemente, restringe uma liberdade para ampli-

ar o sistema total delas. No entanto, como já mencionado, o voto obrigatório é uma imposição estatal e, como tal, representa na verdade uma soberania popular subordinada às determinações do Estado, em completo desacordo com a teoria democrática. Então, não se pode falar aqui num sistema global de liberdades mais amplo.

Por fim, a objeção de que o voto obrigatório na verdade é apenas um comparecimento formal, mantendo-se a liberdade de escolha, inclusive com a existência de votos brancos e nulos, não se presta a sustentar uma restrição de liberdade com base em um sistema total de liberdades mais amplo, pois nega a existência daquela restrição em primeiro lugar e, consequentemente, sustenta que o sistema geral de liberdades se mantém inalterado. Nesse sentido, tal argumento é desacreditado em face de que ele é de fato uma restrição da liberdade individual. Conforme já se afirmou, o voto não pode ser encarado como distinto do ato de ir às urnas; mesmo se fosse assim considerado, haveria de se reconhecer uma obrigação, em oposição a uma liberdade, pois força o indivíduo a deslocar-se e a realizar atos burocráticos independentemente de sua vontade. Nesses termos, o voto obrigatório continua a restringir a liberdade individual, sem a consequente ampliação ou fortalecimento do total das liberdades na sociedade.

Sobre a compensação de uma restrição à liberdade com um aumento ou fortalecimento do sistema total de liberdades de uma sociedade, Rawls (2008, p. 282) afirma que “se essa liberdade menor é desnecessária e não é imposta por alguma agência humana, o sistema de liberdades é, nessa medida, mais irracional que injusta”.

A previsão constitucional do art. 14, § 1º, inciso I, é mais irracional que injusta. Estão certos aqueles que argumentam que há apenas

obrigatoriedade do comparecimento, mantendo-se a escolha uma liberdade do indivíduo. Mas isto é apenas a descrição de um fato. É necessária uma carga argumentativa que justifique a necessidade de se obrigar o comparecimento, e o erro desta posição jaz na ausência desta argumentação, simplesmente porque não há, é mera formalidade arbitrária. À vista disso, é correto afirmar que esta posição em defesa do voto obrigatório é mais irracional do que injusta.

Portanto, o voto obrigatório no ordenamento constitucional brasileiro não é capaz de se justificar à luz dos princípios de justiça de John Rawls. A justiça como equidade elaborada por ele preza por garantir uma contundente defesa dos direitos fundamentais e invioláveis do indivíduo. Em virtude disso, é preocupante o fracasso de um dispositivo constitucional, ressalte-se regulador do direito de voto, ao ser considerado justo. A Constituição como elemento fundante do Estado brasileiro traz em seu corpo os valores da sociedade brasileira e, consequentemente, deve conter disposições justificadas à luz da justiça.

Conclusão

A CRFB está em harmonia com os preceitos teóricos do Constitucionalismo moderno. O seu texto é composto por regras e princípios, abordando questões fáticas, sem desconsiderar os aspectos axiológicos. Em razão disso, a CRFB representa a (re)fundação do Estado brasileiro e a positivação dos valores que existem no seio da sociedade brasileira. A positivação desses valores permite e impele uma análise constitucional que considere tanto os aspectos normativos, quanto os axiológicos.

A CRFB constituiu o Brasil em Estado Democrático de Direito, no *caput* do seu artigo 1º. Isso enuncia um princípio que rege a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais. Nesse sentido, as normas que o Estado brasileiro institui e aplica devem estar em sincronia com o Princípio Democrático, ou seja, devem respeitar a soberania popular e os direitos e liberdades individuais.

A opção por positivar princípios e valores axiológicos na CRFB decorre da necessidade de se legitimar o uso do poder. Não se admite que uma Constituição seja apenas um documento formal, ela deve ter um conteúdo definido, constitucional por essência. Esse conteúdo trata da forma como o Estado se constitui, da maneira como se exerce o poder político etc. Entretanto, decisivo é o conceito de Justiça para dar sentido ao conteúdo constitucional.

Ter uma Constituição significa consagrar normas no mais alto grau hierárquico possível no ordenamento jurídico, em virtude da proximidade do conteúdo daquelas normas com a nossa ideia de Justiça. Por trás das regras constitucionais, é inevitável existir uma concepção de justiça que oriente os valores ali positivados. Consequentemente, para analisar a CRFB e seus dispositivos normativos é necessário considerá-la em seu sentido completo, como norma jurídica e como teoria de justiça.

A Teoria da Justiça de John Rawls, chamada justiça como equidade, vem de uma tradição contratualista e racionalista que a torna viável como padrão de análise constitucional. A justiça como equidade se preocupa com a justiça distributiva numa sociedade, isto é, a distribuição dos direitos e deveres e a divisão dos resultados econômicos da cooperação social. Tais questões são essencialmente consti-

tucionais, portanto, não há óbice em pretender tal Teoria da Justiça como elemento de análise da CRFB.

O voto obrigatório existe no Brasil desde 1828. Desde então, todas as suas Constituições determinaram a obrigatoriedade do voto, inclusive a CRFB. Esta última pretendeu inaugurar uma nova era na sociedade brasileira, saída de longos anos em um regime militar, constituindo um Estado Democrático de Direito, preocupado com a efetivação da democracia, a proteção das liberdades individuais e a justiça social.

Entretanto, a obrigatoriedade do voto entra em conflito com essa pretensão democrática. O voto, como está previsto no art. 14, § 1º, inciso I, da CRFB, constitui-se como dever, isto é, obrigação jurídica. Consequentemente, a liberdade jurídica dos cidadãos brasileiros é posta em xeque por uma das normas do documento que se pretende como salvaguarda da democracia e das liberdades individuais.

O voto obrigatório, formalmente, está em conformidade com a CRFB. O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, dá sustentação para essa opção do constituinte de 1988. Contudo, o constituinte também pretendeu fundar uma democracia e proteger as liberdades individuais. Nesse sentido, a regra do voto obrigatório e seu princípio da legalidade estão em conflito com os princípios democrático e de liberdade.

Para além dessa análise normativa, a análise no âmbito da Teoria da Justiça é capaz de demonstrar a injustiça do voto obrigatório. A justiça como equidade estabelece um princípio de liberdade que é tido como prioritário. Neste sentido, a liberdade deve ser resguardada para se garantir a todos o maior sistema possível de liberdades iguais. Restrições só seriam admissíveis em prol da própria liberdade, o que significa dizer, uma liberdade só poderia ser

menos extensa se ampliasse ou fortalecesse o sistema total de liberdade dos indivíduos.

O voto obrigatório falha em ampliar ou fortalecer o sistema total de liberdade dos indivíduos. Seja ele concebido como uma necessidade de educação cívica, ou como uma garantia de legitimidade dos agentes democráticos, ou como uma concretização da soberania popular, ou como uma obrigação formal de mero comparecimento, o fato é que há uma restrição à liberdade dos indivíduos, sem a consequente expansão ou reforço do sistema total de liberdade da sociedade brasileira.

A justiça como equidade fornece padrões objetivos e racionais para análise da justiça dos arranjos sociais. Desse modo, é um parâmetro eficiente para se analisar a CRFB. O voto obrigatório previsto por esta não está em acordo com os princípios de justiça enunciados por John Rawls. Logo, é seguro afirmar a injustiça do voto obrigatório e sua desconformidade com a ideia de democracia.

Sobre os autores

João Hélio Ferreira Pes é doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: joaohelio@unifra.br

Rafael Bathelt Fleig é graduado pelo Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, Santa Maria, RS, Brasil; advogado.
E-mail: rafaelbfleig@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

THE COMPULSORY VOTING IN BRAZILIAN DEMOCRACY AND JOHN RAWLS'S PRINCIPLES OF JUSTICE

ABSTRACT: This article analyzes the mandatory voting in the light of democracy that the Federal Constitution of 1988 aims to achieve, considering John Rawls' conception of justice that affirms principles of justice that precede and guide the constitution itself, to answer the following problem: the mandatory voting instituted by the Brazilian Constitution is fair? The chosen approach method was the deductive, searching in doctrines and Constitution the bases of compulsory voting, then using John Rawls's philosophy to analyze its virtues. As a procedure, it was employed the historical and the comparative methods, extracting from history the reasons for compulsory voting to, then, compare

¹ Sem revisão do editor.

them with John Rawls's principles of justice. The conclusion was towards the idea that there is a fragile constitutional compatibility between compulsory voting and Democratic State, at the same time where justice as fairness regards it as unfair, if not irrational.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL THEORY. THEORY OF JUSTICE. RULE OF LAW. DEMOCRACY. JOHN RAWLS.

Como citar este artigo

(ABNT)

PES, João Hélio Ferreira; FLEIG, Rafael Bathelt. O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 113-139, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p113>.

(APA)

Pes, J. H. F., & Fleig, R. B. (2018). O voto obrigatório na democracia brasileira e os princípios de justiça de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 113-139. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p113

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*, 24 fev. 1891.

_____. Lei nº 35, de 26 de janeiro de 1892. Estabelece o processo para as eleições federais. *Coleções de Leis do Brasil*, 31 dez. 1892.

_____. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, 26 fev. 1932.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 set. 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 set. 1937.

_____. Lei nº 9, de 28 de fevereiro de 1945. Altera a Constituição Federal de 1937. *Diário Oficial da União*, 1º mar. 1945a.

_____. Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945. *Diário Oficial da União*, 28 maio 1945b.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. *Diário Oficial da União*, 19 set. 1946.

_____. Emenda constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961. Institui o sistema parlamentar de governo. *Diário Oficial da União*, 2 set. 1961.

_____. Emenda constitucional nº 6, de 23 de janeiro de 1963. Revoga a Emenda Constitucional nº 4 e restabelece o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. *Diário Oficial da União*, 23 jan. 1963.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, 24 jan. 1967.

_____. Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, 20 out. 1969.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos políticos, representatividade, capacidade eleitoral e inelegibilidades*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 31 dez. 1824.

_____. Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881 [Lei Saraiva]. Reforma a legislação eleitoral. *Coleção das Leis do Império do Brasil*, 31 dez. 1881.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Editora Unijui, 2010.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. *Diário da República*, 10 abr. 1976.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

O semipresidencialismo francês em xeque

MARCELO LEONARDO TAVARES

Resumo: O artigo examina a peculiar leitura que o semipresidencialismo francês oferece ao princípio da separação de poderes e comenta a crítica de que estaria desequilibrado pela proeminência do presidente sobre o primeiro-ministro e pela liderança do Executivo nos trabalhos legislativos. Ao final, conclui que o problema da hiperpresidencialização do regime francês pode ser atenuado com o aumento da duração do mandato do presidente, com a definição mais precisa de suas atribuições e responsabilidades, com a introdução de uma componente proporcional na eleição para a Assembleia Nacional e com o reforço do papel da oposição no controle dos atos do Governo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Regime de governo. Semipresidencialismo francês.

1. Introdução

O regime semipresidencialista francês é fruto de uma engenharia constitucional criativa e original, gestada nos últimos sessenta anos. Está fundado na existência de um Executivo dual, com presidente e primeiro-ministro. O presidente tem importantes atribuições constitucionais próprias. O Governo, integrado pelo primeiro-ministro e demais ministros, é formado com base na escolha feita pelo presidente e tem dupla responsabilidade política colegiada: perante o Parlamento e perante o Chefe de Estado.

O sistema funda-se numa dinâmica democrática: o Governo pode ser responsabilizado por suas ações e os partidos de oposição têm conseguido, a médio prazo, tornar-se governo, mediante alternância de poder decorrente de eleições transparentes e disputadas.¹

Recebido em 13/6/17
Aprovado em 4/8/17

¹ Sistemas efetivamente democráticos possibilitam alternância de poder que oxigena o debate público, institui relações mais republicanas, renova as lideranças políticas e

Adicionam-se ao cardápio de virtudes reconhecidas do semipresidencialismo francês a capacidade de os Governos efetivamente executarem seus programas e de terem mecanismos institucionais para fazerem prevalecer a vontade da maioria, de acordo com as regras do jogo jurídico. Por fim, deve ser ressaltada a boa acomodação a diversas realidades políticas e a boa flexibilidade do sistema para enfrentar crises.

Internamente, no Executivo, a relação entre o presidente e o primeiro-ministro é variável.

Nos períodos em que há concordância ideológica entre a maioria que elegeu o presidente e a que escolhe os representantes na Assembleia Nacional, o sistema aproxima-se do presidencialismo. O Chefe de Estado escolhe com mais liberdade os ministros e, diante de um Parlamento cooperativo, não tem dificuldade em executar seu programa. Será ele, na realidade, a autoridade a determinar a política da nação, fazendo com que o Governo, liderado pelo primeiro-ministro, exerça o importante papel de relacionamento político com o Legislativo nas questões do dia a dia. Nessa situação, na prática, o Governo responde ao presidente, sendo pouco provável que a Assembleia o desautorize ou censure.

Por outro lado, na coabitação – isto é, no período em que há oposição entre as maiorias que escolhem o presidente e os deputados –, o sistema pendula na direção do parlamentarismo, ficando o presidente mais restrito a funções de chefia de Estado, tendendo a ratificar a escolha do primeiro-ministro por meio da indicação da maioria política parlamentar. O Governo tem que buscar constantemente o apoio da Assembleia, ficando em segundo plano a relação de confiança entre o primeiro-ministro e o presidente.

Atualmente, a sociedade francesa tem reclamado do funcionamento de alguns mecanismos institucionais do semipresidencialismo. A maioria das críticas está fundada na argumentação de que a relação entre os Poderes se encontra desbalanceada e excessivamente “presidencializada”; que o Chefe de Estado, mesmo com atribuições próprias, não se submete a controle político; que o Parlamento se encontra enfraquecido no exercício de suas funções de legislação e de controle;² e que o sistema perdeu a capacidade de funcionar em “geometria variável”, como pêndulo político entre a concordância e a coabitação.

contribui para desestruturar sistemas endêmicos de corrupção. No mesmo sentido, ver Carcassonne e Guillaume (2014, p. 23).

²Como afirma Blachèr (2014, p. 129, tradução nossa), o “declínio político (do Parlamento) é o resultado da ‘racionalização’ do parlamentarismo desejado pelos constituintes. O Parlamento não é mais a instituição que elabora a lei (apesar de continuar a votá-la). Na maioria dos casos, o Parlamento age como uma câmara de registro dos textos legislativos impostos pelo Governo (senhor da iniciativa), redigida pela administração central e emendada, sob certas condições, pelos parlamentares.”

Mesmo depois das reformas constitucionais levadas a cabo no século XXI, em especial a que implantou o estatuto de responsabilidade do presidente da República e a que reorganizou o processo legislativo, clama-se na França por modificações no regime de governo e na representatividade democrática. Para alguns, como se verá, o estatuto de responsabilização do Chefe de Estado é insuficiente e a oposição ainda não consegue ter voz ativa na Assembleia Nacional.

Os críticos pretendem que seja estabelecido um sistema mais equilibrado entre os órgãos de poder, aperfeiçoando o regime instituído em 1958. Antes, contudo, de ingressarmos propriamente nesse debate, é importante conhecer a engenharia de seu funcionamento.

2. Regime semipresidencialista em sistema “presidencializado”

Partamos da distinção entre os termos “regime” e “sistema” de governo, na forma colocada por Duhamel e Tusseau (2016, p. 568). Regime constitucional seria o conjunto de regras relativas à atribuição e ao exercício do poder, ao passo que sistema de governo seria a relação decorrente da interação prática entre forças políticas e maiorias eleitorais, isto é, a vida política real. Assim, haveria três sistemas de governo, em grau crescente de concentração de poder: o de “parlamentarização”, o de “governamentalização” e o de “presidencialização”.

O sistema de “parlamentarização” seria o governo instável estabelecido com base numa coalizão não designada pelos eleitores e não dotada de líder incontestável. A “governamentalização” (ou “primoministerialização”) pressuporia que uma maioria estável governasse sob a chefia do primeiro-ministro, como ocorre no Reino Unido. A “presidencialização” estabeleceria o Governo comandado por um presidente eleito pelo povo.

Os regimes, segundo aqueles autores, concretizar-se-iam em um dos três sistemas em virtude da presença de três circunstâncias: o modo de eleição do chefe do Executivo, o tipo de eleição dos deputados e a possibilidade de dissolução discricionária da Assembleia (DUHAMEL; TUSSEAU, 2016, p. 487-489).

Na França, o presidente é eleito pelo povo, a eleição dos deputados ocorre sob critério majoritário e o presidente pode dissolver a Assembleia Nacional, de modo que o regime semipresidencialista francês tende a funcionar como sistema presidencialista em momentos de concordância.

A eleição direta do presidente produz bipolarização das forças políticas, uma vez que as correntes partidárias se agrupam para ter chance de vencer a eleição, sob pena de isolamento. Aliada a isso, a escolha do presidente pelo povo coloca-o em posição de força perante o Legislativo, como líder natural para a condução da política da nação por meio da ação do Governo no Parlamento.

A eleição de deputados em escrutínio majoritário em dois turnos também produz bipolarização partidária, amplificação da vitória do partido vencedor e sub-representação dos partidos que obtêm votação menos expressiva. Isso força o estabelecimento de coligações pré-eleitorais baseadas em alinhamento ideológico. Por outro lado, é justamente a “super-representatividade” do partido ou da coligação majoritária que conduz à concentração de poder no Executivo, com enfraquecimento da atuação da minoria.³

Por fim, a possibilidade de dissolução discricionária da Assembleia pelo presidente dá a ele o poder de interromper o mandato dos parlamentares e de colocá-los de volta na arena eleitoral a qualquer momento – sem garantia, por óbvio, de sucesso no retorno ao cenário político. O poder de dissolução tem forte

³O escrutínio sob critério proporcional, ao contrário, tende a pulverizar os votos em diversos partidos e a colocar várias correntes ideológicas no Parlamento, valorizando partidos de menor expressão e produzindo maior diversidade representativa. Como consequência negativa, contudo, pode haver dificuldade para o estabelecimento de maioria, que se tornará instável. Além disso, como as coligações são formadas em período pós-eleitoral, as negociações para a composição do Governo não são feitas sob a ideia do “véu da ignorância” de Rawls. Acabam sendo baseadas em raciocínio de obtenção de benefícios concretos, o que é um chamado para relações pouco republicanas e que podem fazer do eleito refém da insaciabilidade pragmática de determinados grupos políticos aliados em governos de coalizão. Um escrutínio misto – como o do modelo alemão, em que se utilizam dois votos, um para escolher um deputado mediante critério majoritário em um turno, e outro voto para a escolha sob critério proporcional de lista fechada – produz efeitos atenuados em relação às características expostas.

apelo dissuasório contra defecções de partidos coligados indisciplinados, sendo fator relevante para a combinação das maiorias eleitoral/parlamentar/governamental. Mesmo que o instrumento não seja utilizado na prática, tão somente sua previsão normativa já produz efeito aglutinador e de coesão de maioria parlamentar de suporte ao Executivo.

A par das três circunstâncias, existem ainda outros fatores que contribuem para o efeito concentrador, podendo-se destacar o domínio do processo legislativo pelo Executivo, o poder de elaboração de leis orçamentárias e de custeio da previdência social, o poder de agenda sobre a pauta legislativa e a capacidade de o Executivo inovar na ordem jurídica.

Justamente por isso, a maioria das críticas francesas às instituições políticas procura atuar sobre esses parâmetros a fim de reverter a tendência de permanente presidencialização do sistema.

3. A França, insatisfeita, “discute a relação”

Um bom regime de governo deve ser capaz de: (i) permitir que a maioria governe; (ii) conseguir solucionar crises políticas sem maiores traumas; (iii) manter relações balanceadas entre os Poderes Executivo e Legislativo; (iv) gerar condições para o efetivo controle das ações do governo pela oposição e minorias; (v) contribuir para o respeito aos direitos fundamentais e para o revezamento ideológico das correntes que acessam o poder, a médio prazo; e (vi) estimular relações democráticas transparentes, evitando o clientelismo e a corrupção.

O semipresidencialismo francês possibilita que o presidente governe por meio da ação dos ministros em período de concordância e que o Governo o faça na coabitação. Durante os ses-

senta anos de sua existência, conseguiu prevenir o início de crises institucionais e resolvê-las sem maiores fraturas, sendo a coabitação uma solução original para o convívio temporário de maiorias adversas que sustentam o presidente e os deputados da Assembleia Nacional. A análise empírica demonstra que não tem dificultado a alternância ideológica de poder, bem como não há nada que indique que estimule práticas políticas inadequadas.

Os problemas realmente parecem estar localizados nas questões referentes à relação entre o Executivo e o Legislativo e na efetividade do controle das ações de Governo pela oposição, isto é, em como se comportam as instituições diante da previsão normativa que trata da separação de poderes.

3.1. A separação dos poderes no regime semipresidencial francês

O princípio da separação de poderes, um dos pressupostos da noção contemporânea de Estado de Direito, passa por leituras diferentes a depender do regime político. Uma das áreas em que há maior diferença no comportamento institucional de aplicação do princípio é a do processo legislativo.

No presidencialismo, o Poder Executivo não atua formalmente nas fases de discussão e de votação de projetos de lei. Em que pese o fato de o presidente poder ter atribuições na fase de iniciativa e de poder sancionar a lei, a interpretação da separação de poderes no presidencialismo é mais rígida e, em geral, não permite que o Governo participe da fase de debates legislativos.⁴

⁴Ver, como exemplo, os arts. 61-66 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB (BRASIL, 1988); os arts. 77-84 da Constituição da República Argentina (ARGENTINA, 1995); o art. 1º, da Constituição dos Estados Unidos da América (no caso, o presidente norte-americano sequer tem o poder de iniciativa legislativa)

No regime presidencial, a ação do Executivo fica mais restrita ao ato de administrar. Por óbvio, para executar seu programa de governo, o presidente necessita de que leis sejam elaboradas ou alteradas. Ocorre que o Executivo não tem atribuição constitucional para pautar as Casas legislativas e para liderar formalmente o processo legislativo.

Não se está a afirmar que o presidente não tenha mecanismos de influenciar politicamente a agenda do Congresso, mas apenas que terá que se utilizar de parlamentares aliados para isso. As Casas legislativas são “donas” da pauta e a lei é compreendida como ato típico do Poder Legislativo. No presidencialismo, cabe ao Executivo administrar e cabe ao Legislativo legislar.

Algo diverso ocorre no regime parlamentar, pois os deputados integrantes da maioria dirigem formalmente os trabalhos legislativos e organizam a agenda da Casa, além de formarem o Governo. O primeiro-ministro e os ministros, que são parlamentares, não apenas cuidam da Administração, mas também elaboram projetos de lei a serem apresentados para o debate. Têm a prerrogativa de participação na fase de discussão e de votação, atuando diretamente para a aprovação das medidas legislativas que propuserem. Nesse sentido, afirma-se que a leitura da separação de Poderes no parlamentarismo é branda (*souple*), tratando-se mais de colaboração do que de separação. No parlamentarismo, cabe ao Parlamento legislar e administrar por meio do Governo.

No semipresidencialismo francês, prevalece também a visão de colaboração de Poderes (separação branda, *souple*), mas com leitura peculiar em relação à do regime parlamentar.⁵

(UNITED STATES, 2007); e os arts. 150-170 da Constituição Política da Colômbia (COLOMBIA, 1991).

⁵A compreensão de que a separação de poderes, no semipresidencialismo, não advém da noção de

É que os integrantes do Governo são escolhidos pelo presidente e não integram formalmente o Parlamento. Contudo, uma das atribuições mais importantes do primeiro-ministro e de sua equipe é a de exercer o poder de agenda das Casas legislativas, de pautar a maioria das sessões, de participar ativamente das fases de discussão do processo legislativo e de liderar a maioria legislativa a fim de aprovar os projetos de lei, executando seu programa, de acordo com a previsão constitucional.

Para tanto, o primeiro-ministro tem iniciativa legislativa (art. 39). Duas semanas, em quatro, da ordem do dia são reservadas para prioridades do Governo (art. 48), que pode apresentar emendas (art. 44), bloquear o conhecimento de proposições legislativas e de emendas parlamentares (arts. 40 e 41) e acelerar o procedimento legislativo (art. 45), além de ter iniciativa reservada nos projetos em matéria de finanças e de custeio da previdência social (arts. 47 e 47-1) (FRANÇA, 1958). Logo, no semipresidencialismo, a lei é vista como ato de governo, aprovado mediante o voto do Legislativo.⁶ Cabe ao Governo administrar e também legislar, através do Parlamento. O que é peculiar no regime francês, além do protagonismo de um Governo não parlamentar no processo legislativo, é a proeminência presidencial na condução das ações do Governo na

independência de atuação orgânica, mas sim de uma dependência recíproca fica clara pelo fato de a Assembleia poder derrubar o Governo e de o presidente da República poder dissolver a Assembleia. A leitura da separação no semipresidencialismo é de separação-legitimidade e não de separação-independência. A noção de separação-legitimidade está fundada na fonte da qual emana o poder. O presidente não é eleito pelo Parlamento, da mesma forma como os deputados e senadores não são escolhidos pelo Chefe de Estado. Sobre o assunto, ver Troper (2006, p. 37).

⁶ Para Gicquel (2008, p. 49, tradução nossa), comentando de forma não positiva o fenômeno, “a lei finaliza o programa do Executivo, transformado em atelier legislativo. De modo que o Parlamento, que não elabora mais a lei, está confinado, em sua maior parte, a endossar a vontade governamental.”

liderança legislativa nos períodos de concórdância.

Com base nisso, existem duas linhas reformistas que se opõem hoje na França: (i) a que, insatisfeita com as linhas gerais do regime, propõe uma reforma estrutural, mediante novo pacto político e implantação da Sexta República,⁷ seja para estabelecer de vez o presidencialismo, seja para retornar ao parlamentarismo, movimentos que não vêm obtendo muita repercussão na sociedade; e (ii) a que está baseada na proposta de alterações paramétricas, de ajustamento institucional do semipresidencialismo, em especial para: (a) em relação ao Executivo, definir de forma mais precisa as atribuições do presidente da República e sua responsabilidade política, e (b) quanto ao Legislativo, reforçar seu papel, dando mais espaço à manifestação da oposição.

Quanto à segunda corrente, de alteração pontual do sistema, há de se ter o cuidado de separar o que é próprio da caracterização do semipresidencialismo francês daquilo que possa ser considerado como disfunção.

Deve ser considerada característica estrutural no regime que o presidente, eleito democraticamente, organize o governo e lidere o partido majoritário para fazer prevalecer suas orientações no Legislativo (em fase de concórdância). Sem embargo disso, as principais críticas que hoje são postas ao funcionamento do sistema político francês pretendem definir de forma mais clara o papel do presidente, bem como, no Legislativo, instituir um estatuto da oposição e das minorias. Entende-se que isso possa reequilibrar a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Bastante representativa das propostas de alteração paramétrica para aperfeiçoamento

⁷ Ver Bastien (2001).

do semipresidencialismo é a conclusão do Relatório Bartolone, publicado pela Assembleia Nacional no final de 2015, e que traz importantes reflexões sobre os desafios políticos contemporâneos naquele país.⁸

3.2. Propostas para o aperfeiçoamento do Poder Executivo

Algumas críticas feitas ao sistema estão fundadas na afirmação de que a Constituição e suas reformas acabaram “errando na mão” e institucionalizaram o domínio do Chefe de Estado sobre o Governo e sobre o Legislativo,⁹ o que deixaria um caminho aberto para o hiperpresidencialismo.¹⁰

As disfunções relacionadas ao Poder Executivo estariam concentradas em dois pontos: (i) a inadequada fixação do mandato presidencial em cinco anos; e (ii) a falta de atribuições claras do presidente da República na Constituição e a deficiência de seu estatuto de responsabilidade.

3.2.1. Retorno ao mandato presidencial de sete anos

No que se refere ao primeiro ponto, em parte da comunidade jurídica e política francesa, há a convicção de que a implantação do mandato de cinco anos (“quinquennat”) para presidente da República em 2000, com a simultaneidade da eleição do presidente e dos deputados, trouxe de vez o Chefe de Estado para o centro da arena política e afastou-o do papel de arbitragem institucional. Com isso, teria sido reduzida a importância do primeiro-ministro e o Legislativo ter-se-ia tornado mera instância de implantação da vontade do presidente.¹¹

⁸O Relatório Bartolone, sob a denominação “Refazer a Democracia”, expõe trabalho levado a cabo de novembro de 2014 a setembro de 2015 por uma comissão mista formada por onze parlamentares (deputados e senadores) e doze personalidades reconhecidas no meio acadêmico ou formadoras de opinião. A Comissão, organizada pelo Presidente da Assembleia Nacional, Claude Bartolone, e pelo historiador Michel Winock, debruçou-se sobre cinco temas principais: (i) a restauração do elo entre os cidadãos e seus representantes; (ii) a consideração do cidadão como figura central das instituições; (iii) a melhoria do equilíbrio e do controle do Executivo; (iv) a revalorização do Parlamento; e (v) a consolidação do Estado de Direito (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015). Além desse trabalho, as revistas de Ciência Política, de Direito Público e de Direito Constitucional também divulgam pontos de vista acadêmicos relevantes sobre os principais problemas enfrentados pela atual formatação do regime de governo semipresidencialista, como será visto.

⁹François Bastien afirmou, em reunião realizada em 13/3/2015 na Comissão Bartolone: “Pensada para reduzir o papel de um Parlamento considerado instável e indisciplinado e para reforçar simetricamente o Governo, sob a proteção presidencial em caso de crise, [A Constituição] instituiu entretanto um jogo político totalmente diferente: um presidente da República todo-poderoso, dotado do que é mais essencial no poder governamental, apoiado em uma maioria parlamentar devotada, sem contrapoderes à altura de seu poder” (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 75, tradução nossa).

¹⁰No mesmo sentido, ver Laquière (2006) e Le Divellec (2006, p. 137).

¹¹Ver Ponthoreau (2001, p. 41).

Além disso, estaria obstruída a coabitação, um dos principais mecanismos de solução de crises decorrentes de antagonismo ideológico, acabando-se com o movimento político pendular característico do sistema.¹²

Em outras palavras, o presidente ficaria menos preocupado em velar pelo respeito à Constituição, em assegurar o funcionamento regular dos poderes públicos, a continuidade do Estado, a independência nacional, a integridade do território e o respeito aos tratados (art. 5º), e mais inclinado a conduzir e determinar a política da nação (art. 20) (FRANÇA, 1958).

Realmente, a redução do mandato não parece ter sido uma boa medida institucional, pois desequilibrou as relações internas no Executivo e as relações entre o Executivo e o Legislativo. O “quinquênio” não mais permite ao presidente manter certo afastamento das questões políticas corriqueiras, pois desde o primeiro dia precisa agir pensando na possibilidade de reeleição, o que o obriga a uma exposição midiática constante para ficar no centro da divulgação dos fatos.¹³

¹² A rigor, ainda poderia ocorrer a coabitação, porque nada impede que os eleitores escolham, na eleição combinada para presidente e deputados, uma maioria de deputados de oposição ao presidente. Depois da reforma, entretanto, a hipótese é improvável.

¹³ Charles de Gaulle era contrário à coincidência dos mandatos. afirmou, em conferência de imprensa de 31 de janeiro de 1964: “Então, penso que o presidente, na França, não deve ser eleito simultaneamente com os deputados. Isso misturaria sua designação com a luta dos partidos, o que alteraria sua característica e reduziria a duração de sua função. E não creio que seja normal aqui confundir na mesma pessoa o presidente da República e o primeiro-ministro” (tradução nossa). Disponível em: <<http://www.charles-de-gaulle.org/pages/l-homme/dossiers-thematiques/de-gaulle-et-le-monde/de-gaulle-et-la-reconnaissance-de-la-chine/documents/31-janvier-1964--conference-de-presse-du-general-de-gaulle.php>>. Acesso em: 18 mar. 2017. Para Marie-Claire Ponthoreau, “a introdução do ‘quinquênio’ foi apresentada como meio de evitar a coabitação; o ‘septênio’ era percebido como antidemocrático, o presidente não dando voz ao povo desde o abandono da prática gaullista do referendo por seus sucessores. Mas o ‘quinquênio’ teve por efeito

Podem parecer que o mandato mais curto fortaleça a presidência, mas na realidade a enfraquece. Com o tempo de governo reduzido, a instituição passa a ser alvo de qualquer circunstância e fica mais exposta a humores da opinião pública. A inserção do presidente no dia a dia político desgasta sua imagem institucional e confunde seu papel com o do primeiro-ministro.¹⁴

Com o mandato de cinco anos, o presidente, após o primeiro momento de estado de graça natural entre o eleito e o povo, tende logo a provar o gosto amargo da fase de impopularidade, do que resulta o que já se pode denominar de “maldição do quinquênio”, uma vez que os presidentes eleitos sob as novas regras não conseguiram ser reeleitos ou sequer tentaram (como foram os casos de Nicolas Sarkozy e de François Hollande).¹⁵

Sobre isso, a principal proposta hoje posta é a do retorno ao mandato de sete anos (“septênio”), com a neutralização daquelas disfunções. O mandato maior tende a afastar o presidente da gestão dos assuntos rotineiros do Executivo, permitindo-lhe exercer as funções de Chefe de Estado e de dar as orientações gerais para o Governo. A presidência fica reforçada na autoridade de órgão de Estado e há a preservação da imagem daquele que deve velar pelo desenvolvimento e pela independência nacional.¹⁶

reforçar o presidencialismo majoritário; a reforma ainda foi acompanhada pela inversão do calendário eleitoral, o que teve, por consequência, tornar as eleições legislativas uma mera confirmação da eleição presidencial, fazendo com que estas perdessem a autonomia. Além disso, a maioria presidencial e a maioria parlamentar se confundem” (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 83, tradução nossa).

¹⁴ Há quem discorde. Carcassonne (2008, p. 30-31) sustenta que a redução do mandato e sincronização das eleições do presidente com a dos deputados não modificou as relações institucionais.

¹⁵ No mesmo sentido, ver Ghevontian (2014, p. 957).

¹⁶ Opinião também de Alain Tourret, manifestada na sessão de 13/3/2015 perante a Comissão Bartolone (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 83). No mesmo sentido, ver Gicquel (2015, p. 273) e Lazorthes (2006).

Com efeito, essa parece ser uma boa proposta. O retorno da previsão do mandato presidencial a um período mais longo do que o da legislatura, na prática, tende a fazer com que o presidente se preocupe com questões de longo prazo.

Os motivos que levaram à adoção do mandato de cinco anos – como a ideia de modernização da representatividade presidencial (submetendo o presidente a uma avaliação eleitoral mais frequente) e de reforço dos laços democráticos com os eleitores – acabaram exigindo um custo alto para o pouco benefício oferecido.

Além disso, a implantação do “quinquênio” partiu de uma visão equivocada de se evitar a coabitação a qualquer custo sem se dimensionar os efeitos colaterais correspondentes.

A coabitação não é um mal em si. É apenas uma solução política que permite, temporariamente, a rara convivência entre maiorias discordantes que legitimam o presidente e a Assembleia (houve coabitação em apenas 10% do tempo de vigência da Quinta República), uma das saídas institucionais para se evitar a crise. Retirá-la do cardápio institucional somente limita o campo de ação do presidente.

Sob um olhar mais abrangente, a eleição de maioria parlamentar de oposição ao presidente oferece, como mecanismo de reação, três saídas institucionais: a renúncia presidencial (a partir da visão gaullista), a dissolução da Assembleia ou a coabitação. Todas as soluções, diga-se, atendem a parâmetros democráticos e podem ser utilizadas a depender da conjuntura.

Caso o presidente entenda ter ficado em posição insustentável pela eleição superveniente de uma maioria hostil na Assembleia, tem sempre a possibilidade de renunciar, o que estará de acordo com a manifestação popular na escolha dos deputados.

Um Chefe de Estado recém-eleito que encontre uma Assembleia já instalada com maioria de oposição também pode optar pelo recurso da dissolução da Casa, o que permite ao povo nova manifestação.

Por fim, a coabitação também é uma opção política. Por mais que eventualmente dificulte a condução de algumas questões (que em nenhuma das três experiências concretas de coabitação durante a Quinta República se mostraram insuperáveis), pode também ser considerada como saída democrática, uma vez que demonstra respeito à decisão adotada pelo povo de escolher, em momentos distintos, maiorias que ideologicamente se opõem como forma de oferecer contrapoder a uma delas.

Assim é que não vejo por que haveria tamanha inconveniência em se manter o mandato maior para o presidente, desconectado da duração da legislatura.

Uma proposta subsidiária também defendida na França é a de inversão do calendário eleitoral, caso se mantenha o “quinquenato”, realizando-se primeiro a eleição para os deputados da Assembleia Nacional e depois a do presidente (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 84).

Para essa corrente de pensamento, a atual sincronização do mandato presidencial e dos deputados, com a eleição prévia do presidente, exacerbaria seu carisma e contribuiria para personalizar o poder. Os cidadãos tenderiam a pensar no presidente quando votam nos deputados, fazendo com que este domine o ambiente eleitoral nas campanhas locais.

O objetivo dessa proposta, com a inversão do calendário eleitoral, realizando-se primeiro a dos deputados e depois a do presidente, é dar destaque ao papel dos partidos na legitimação do Poder Legislativo. Além disso, a escolha do presidente acabaria sendo decorrência da formação da maioria na Assembleia.

Penso que a proposta alternativa não seja boa ideia e talvez haja, por trás dela, a intenção de parlamentarizar o regime, desnaturando o que foi implantado em 1958 e, em especial, a partir de 1962. Sob o anúncio de reequilibrar a relação, implantar-se-ia o desequilíbrio inverso.

O líder do partido da maioria com certeza sairá da eleição praticamente ungido como primeiro-ministro, retirando do presidente a possibilidade de escolha livre do Governo, que é justamente uma das principais características do semipresidencialismo francês nos períodos de concordância. Esse líder, recém-escolhido pelo povo, entrará na campanha presidencial como grande estrela, como garante eleitoral do candidato, do que resultará a diminuição da importância da função do Chefe de Estado ou a tutela do presidente pelo primeiro-ministro. Esse primeiro-ministro, eleito à inglesa, faria um indevido contraponto interno ao poder do presidente, dominando a cena política.

Dessa aparente pequena proposta subsidiária, com a qual não se concorda, sairá um sistema de governo diferente e o deslocamento do centro do poder do *Élysée* para o *Matignon*. Talvez fosse mais transparente e eficiente, para os que defendem a ideia, sugerir a implantação do regime parlamentar.

3.2.2. Definição das atribuições e da responsabilidade do presidente

A segunda crítica posta ao funcionamento do Executivo é a de que o grande poder exercido pelo presidente é incompatível com sua irresponsabilidade política. O raciocínio é o seguinte: ou bem o presidente assume o papel de árbitro institucional sem responsabilidade política, ou bem assume de vez o governo, podendo ser responsabilizado. O que

é inadequado, segundo alguns, é a existência de um presidente governante irresponsável.¹⁷

Assim é que haveria um descompasso entre a existência de atribuições próprias do presidente da República, sem necessidade de ratificação pelo primeiro-ministro, e sua quase irresponsabilidade política. Alguns críticos, então, propõem que haja definição mais clara da função presidencial e a implantação de um estatuto de efetiva responsabilidade.

Não parece que haja, a rigor, uma disfunção tão séria como alguns autores defendem. O semipresidencialismo francês foi concebido mesmo para dar prevalência ao presidente sobre o primeiro-ministro e dar ao Executivo a liderança no processo legislativo. Por esse motivo, por exemplo, não se teria como retirar do presidente a prerrogativa de escolha do primeiro-ministro ou a presidência do Conselho de Ministros, sem modificar as concepções originais da Quinta República.

A diarquia francesa nunca foi concebida para ser igualitária e funciona a partir da proeminência do presidente. Contudo, não se pode esquecer: o primeiro-ministro, que não deve ser desvalorizado, é um ator político importante, responsável pela execução do programa de governo e pela boa relação entre o Executivo e o Legislativo, ocupando uma posição estratégica para o sucesso das questões governamentais.¹⁸ Além disso, a maioria dos atos praticados pelo presidente passa por controle interno no Executivo, seja porque decorrem de deliberações do Conselho de Ministros, seja porque precisam ser ratificados.

¹⁷ Como afirma Cibois (2014, p. 5-8, tradução nossa), “um árbitro deve ser alguém suficientemente distanciado para não ser parte e juiz [...] desde o início da Quinta República, os candidatos à presidência têm sempre pretendido não ser árbitro [...] um árbitro deixaria o primeiro-ministro fazer o que é previsto pela Constituição: ‘dirigir a ação do governo’”.

¹⁸ No mesmo sentido, ver Elgie (1999, p. 69-72).

Mesmo os poderes próprios do presidente, que não dependem formalmente de ratificação, não são exercidos de maneira absolutamente livre, pois sofrem algum tipo de avaliação ou controle político, além de serem atribuições descontínuas, não adotadas com frequência. Como exemplo, no que se refere à nomeação do primeiro-ministro (art. 8^o), ainda que feita em período de concordância, não está imune à avaliação da aceitação do nome pelas lideranças parlamentares, sob pena de se dificultar o diálogo do Governo com o Parlamento e de se correr o risco de moção de censura. A submissão de um projeto de lei a referendo (art. 11) depende de provocação do Governo ou de proposição conjunta das duas Casas Legislativas. A dissolução da Assembleia Nacional (art. 12) não prescinde da consulta ao primeiro-ministro e aos presidentes das Casas que, mesmo não sendo vinculantes, possuem grande valor político (FRANÇA, 1958).

O fato de o art. 5^o da Constituição dispor sobre a missão do presidente da República mediante linguagem mais aberta apresenta a vantagem de dar flexibilidade para acomodação de diferentes personalidades de presidentes sem que o sistema sofra por isso.

Todavia, as atribuições presidenciais poderiam realmente ser mais bem definidas na Constituição, redirecionando-as para as funções de médio e de longo prazo, para a orientação de grandes linhas de interesse do Estado, para a proteção dos direitos fundamentais, para a defesa da nação, para os grandes projetos de desenvolvimento e para o relacionamento exterior, em especial na Europa.¹⁹

¹⁹ Avril (2006), preocupado com o incremento do poder presidencial decorrente da redução do mandato para cinco anos, sugere o reforço do papel administrativo do primeiro-ministro e que seja dele a primazia no poder de nomeação de autoridades, guardando para o presidente somente a nomeação das funções mais ligadas ao Estado.

Sugere-se, em relação ao controle de eventuais atribuições presidenciais próprias não submetidas à ratificação, como é o caso da política externa e as questões europeias, que o Parlamento possa manifestar desaprovação mediante maioria “superqualificada” (2/3 ou 3/5, por exemplo), dando-se ao presidente o recurso final de submetê-la à consulta popular. A proposta oferece algumas vantagens: (i) mantém as linhas tradicionais do semipresidencialismo de dar ao presidente atribuições próprias; (ii) não deixa que o exercício dessas atribuições fique sem qualquer possibilidade de controle; (iii) estabelece procedimento difícil para o Parlamento se opor às linhas gerais de orientação presidencial em questões de longo prazo; e (iv) permite que eventualmente o povo arbitre a questão diretamente.²⁰

Este, por óbvio, não é um mecanismo a ser utilizado com frequência, como também não o é o da dissolução da Assembleia; porém, tão só sua previsão normativa terá poder dissuasório para evitar que o presidente, nesses assuntos, adote decisões sem a correta avaliação política ou que aja de maneira voluntarista.

De qualquer forma, seja para manter a atual redação mais fluida dos arts. 5º e 20, da Constituição, seja para especificar mais as atribuições presidenciais e do Governo, o fato é que não parece realmente ocorrer uma crise institucional grave no Executivo, como alguns autores sustentam. Pelo menos não há registro fático de embates que tenham gerado fraturas políticas consideráveis nos sessenta anos de vigência da Constituição.

A par da proposta feita em relação ao controle excepcional das atribuições próprias do presidente pelo Parlamento, o sistema de responsabilidade do Chefe de Estado, introduzido recentemente, assemelhado com o do *impeachment* de regimes presidencialistas, estaria adequado à concepção das linhas gerais do semipresidencialismo.

Como o espaço político para que aja sem qualquer tipo de participação de outros órgãos não é extenso, somente por graves violações que coloquem em risco a dignidade do cargo, o presidente deve ser responsabilizado em procedimento de difícil realização.

No que se refere à responsabilidade presidencial, a própria ausência de melhor definição do que seria “falta a seus deveres manifestamente

²⁰ A Comissão Bartolone, em relação especificamente ao controle da posição presidencial sobre questões europeias, propõe que, antes das reuniões dos Conselhos Europeus, a Assembleia Nacional organize debates com o presidente, que podem tomar a forma de pergunta-resposta seguida de votos. O presidente proporia um mandato ou pelo menos uma posição de princípio, que seria validada pela representação nacional e determinaria a posição da França (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 86). A proposta tem a desvantagem de trazer o presidente para a arena do debate político ordinário, igualando-o aos ministros do Governo no relacionamento com os órgãos parlamentares, o que parece ser inadequado na concepção semipresidencialista de governo.

incompatível com o exercício do mandato” não parece ser desprovida de vantagem, tratando-se de julgamento político em que o presidente somente poderá perder o cargo por voto de dois terços do Parlamento reunido.

Da maneira como o sistema se encontra organizado, um ato praticado pelo presidente gerará antes reflexo no Governo, que em princípio detém maioria na Assembleia, e somente atingirá o Chefe de Estado se for tão grave que permita a reunião da Alta Corte. A prestação ordinária de contas do Governo à Assembleia foi imaginada justamente como válvula de escape para dirimir tensões que não demandem questionamento sobre a dignidade do cargo de presidente. Este deve ser mesmo o mecanismo de responsabilização ordinária do Executivo no semipresidencialismo, deixando a formação da Alta Corte para casos excepcionais.

Além disso, as reformas recentes já instituíram mecanismos de comunicação do presidente com o Legislativo (art. 18) (FRANÇA, 1958) e permitem que o Chefe de Estado ofereça explicações sobre fatos relevantes relacionados a suas atribuições ou sobre situações que tenham ficado pendentes e sem solução adequada no Governo.

Fora isso, talvez a Constituição pudesse normatizar a destituição do presidente em caso de não obtenção de maioria na Assembleia após eleição de deputados decorrente de anterior dissolução deste órgão legislativo; estipular também sua destituição em casos de insucesso em referendo, caso declare engajamento de seu mandato,²¹ e a necessidade de voto de investidura do Governo. Esses mecanismos poderiam melhorar ainda mais o sistema de responsabilidade.

Outra ideia seria a de se instituir a responsabilização individual dos ministros, mediante procedimento de mais manuseio do que a sistemática atual para a queda coletiva do Governo. Pode ocorrer que a Assembleia avalie que a condução dos negócios de determinada pasta não esteja adequada, em que pese não haver insatisfação com a política geral liderada pelo primeiro-ministro. Aprovada a moção de censura individual, ou o primeiro-ministro apresentaria ao presidente o pedido de demissão do ocupante da pasta ou engajaria a responsabilidade coletiva do Governo, do que poderia resultar a avaliação parlamentar sobre a conveniência de votação de moção de censura coletiva.²²

²¹ Não se tem conhecimento de outro país na Europa ou na América no qual o referendo seja instrumento que possa ser manuseado discricionariamente pelo Executivo. Hamon (2006, p. 92-94) destaca que, mesmo que o presidente não engaje sua responsabilidade perante o povo em caso de insucesso no referendo (o que Charles de Gaulle fez), o procedimento oferece-lhe risco político. O presidente pode sair enfraquecido da consulta popular e com sua legitimidade comprometida.

²² No sentido também da instituição da responsabilidade individual de ministro, com formatação diversa da defendida aqui, ver Vandendriessche (2001, p. 64).

Essas são proposições que, de um lado, trariam maior capacidade para o Legislativo controlar o Executivo e, de outro, fariam com que o povo pudesse ser consultado como árbitro final de conflitos institucionais.

O sistema, assim organizado, passaria a ter três degraus claros de responsabilização do Executivo: em primeiro lugar, a responsabilização ordinária do Governo perante a Assembleia; em segundo lugar, a responsabilidade excepcional do presidente perante o Parlamento; e, por último, a da consulta popular. Ganha a democracia e ganha o sistema de freios e contrapesos.

A proposta apresenta as vantagens de enfrentar o argumento de que o presidente tem atribuições próprias sem que responda politicamente por elas. Por outro lado, não banaliza a responsabilização do Chefe de Estado e não a equipara àquela prevista para o Governo. Por fim, coloca o povo como árbitro final dos embates institucionais mais graves.

O ponto que talvez mereça maior atenção é, como será visto adiante, o que se refere ao incremento de mecanismos de efetivo controle e prestação de contas pelo Governo à Assembleia, mediante avaliação de políticas públicas e de comissões de inquirição.²³

²³ Afirmou Olivier Beaud na sessão de 13/3/2015: “Outro ponto muito importante: a responsabilidade não deve se limitar à ideia de sanção. O que é determinante, o que falta em nosso país, é a necessidade de o Executivo prestar contas de sua ação, de explicar seus atos e, em caso de contestação, de responder a ela. Um direito de acompanhamento deve existir. Escutamos frequentemente ministros afirmarem ‘assumo minhas responsabilidades’, não assumindo nada e sequer respondendo às questões que lhe são postas” (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 518, tradução nossa). Para Denis Baranger, “a irresponsabilidade dos governantes, notadamente do presidente da República, é fonte de radicalização da opinião, da violência, da hostilidade dos eleitores. Se não podemos fazer nada, se os homens políticos não respondem às questões e agem como bem entendem, então essa radicalização é inevitável” (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 520, tradução nossa).

3.3. Propostas para aperfeiçoamento do Poder Legislativo

A orientação geral do relacionamento entre o Governo e o Legislativo é definida pelos arts. 20 e 24, da Constituição francesa: “O Governo determina e conduz a política da nação [...]. O Parlamento vota a lei. Ele controla a ação do Governo. Ele avalia as políticas públicas” (FRANÇA, 1958);

Num sistema com as características estruturais do semipresidencialismo, cabe ao governo governar, com o apoio da maioria parlamentar, aprovando os projetos que implementam seu programa. De outro lado, a oposição não pode ser impedida de participar do jogo político e de influir em seu resultado, o que é feito pela participação no processo legislativo, mas, principalmente, pela ação de controle.

O Governo é quem lidera a elaboração da lei, que é votada pelo Parlamento, na condução da política da nação. Da expressão, conclui-se que, na Quinta República, o Legislativo não tem o domínio da lei, que é, antes de mais nada, um ato capitaneado pelo Governo e aprovado mediante a atuação das Casas.

Nesse sentido, parece que muito mais importante que defender o aumento do papel legiferante da oposição, mediante maior possibilidade de apresentação de emendas e de discussão de suas propostas de lei, seja reforçar mecanismos de avaliação e de questionamento das ações do Executivo.²⁴

No fundo, o aperfeiçoamento institucional do Parlamento passa pela análise de sua composição e do aprimoramento do papel a ser

²⁴ Como destaca Bergougous (2013, p. 43, tradução nossa), “deve-se reconhecer à oposição seu lugar na função parlamentar, seja de representação, de legislar ou de controlar”. Contudo, como exposto acima, entendemos que o principal papel da oposição num sistema como o francês não é legislar, mas controlar o governo e suas ações.

desempenhado pela oposição, mantendo-se abertas as vias de manifestação democrática.

Se a democracia é o regime baseado na vontade da maioria, deve haver oposição e minoria como contraponto,²⁵ com voz ativa no aprimoramento do processo legislativo (mas não na liderança deste) e condições de avaliação dos atos governamentais.

Assim é que se poderia: (i) diversificar o modo de escrutínio na eleição para a Assembleia; (ii) reforçar a atuação no processo legislativo; e (iii) valorizar comissões e tornar efetivos procedimentos de questionamento dos ministros.²⁶

Quanto ao primeiro ponto, a fim de garantir maior pluralidade à representação na Assembleia Nacional, concorda-se com a proposta de que o escrutínio majoritário para a eleição dos deputados seja temperado com algum mecanismo de proporcionalidade, do que resultará a atenuação do efeito de “super-representatividade” dos partidos que obtêm maioria – sem, com isso, dificultar que o Governo governe legitimamente por meio dos partidos que lhe dão sustentação.²⁷ Um sistema que leve em conta o critério proporcional, de forma residual e equilibrada, evita o efeito colateral daninho de risco de paralisia governamental ou de domínio de pensamento extremista de esquerda ou de direita.

No que se refere ao segundo ponto, o do processo legislativo, a Constituição assume o protagonismo do Governo, uma vez que o

²⁵ O art. 51-1, introduzido na reforma de 2008, prevê que os regimentos das Casas legislativas prevejam os direitos parlamentares específicos aos grupos de oposição e aos minoritários (FRANÇA, 1958). Portanto, os termos não são sinônimos. Sobre o tema, ver Hérin (2013). Para Lascombe e Toulemonde (2015, p. 35), infelizmente, depois de várias revisões constitucionais, ainda não se conseguiu dar à oposição o papel que lhe cabe.

²⁶ No mesmo sentido, ver Vandendriessche (2001).

²⁷ Essa é uma das sugestões mais importantes de valorização do Parlamento feitas pela Comissão Bartolone (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 55-57).

Parlamento realmente não elabora a lei, apenas vota o projeto que, em princípio, é gestado no Executivo. Mesmo na fase de discussão e de votação, o Legislativo não fica abrigado da ingerência governamental, pois o processo é liderado pelos ministros. Isso não é uma disfunção a ser corrigida, é uma característica do semipresidencialismo.

Portanto, assumido isso, deve-se ter cuidado para que eventuais propostas de alteração do funcionamento do processo legislativo não gerem desequilíbrio institucional. Do aumento indevido do poder da oposição na elaboração da lei, advirá sua capacidade de bloqueio frequente das ações governamentais, o que pode gerar o efeito antidemocrático de impedir que prevaleça a vontade da maioria, resultando na falta de efetividade do governo e em sua paralisia.²⁸

Assim, não estou de acordo com propostas que visam a dar ao Parlamento o protagonismo no processo legislativo, ou, à oposição, papel relevante na apresentação de projetos de lei (sem embargo de se deixar a possibilidade para que residualmente também os apresente). No sistema francês, a elaboração da lei é concebida, goste-se ou não, como um ato de governo no Legislativo. Cabe à oposição e à minoria o aperfeiçoamento de seu conteúdo, mas não a liderança no processo.

Contudo, de fato existem ajustes a serem realizados na técnica de elaboração da lei. Por exemplo, o Governo não pode ter tanta facilidade de encurtar o que se denomina de “tempo parlamentar”, pois hoje em dia isso lhe dá poder excessivo de dominação do processo legislativo (art. 45).²⁹

²⁸ Pimentel (2004, p. 48) destaca que a maioria não se define como o grupo de parlamentares mais numeroso, mas sim como aquele que dá sustento ao governo. Da mesma forma, a oposição não se define como minoria, mas como o conjunto de forças políticas que contestam o governo.

²⁹ Nesse sentido, ver Portelli (2013).

Podem ainda ser suprimidas limitações de funcionamento de comissões permanentes, garantindo maior participação da oposição e das minorias na discussão dos projetos.³⁰

Quanto ao terceiro ponto, o reforço do Legislativo passa, sem embargo, pela valorização das atribuições de controle das ações de governo e de avaliação de políticas públicas. Alguns críticos colocam a necessidade de se melhorarem os mecanismos de controle da ação presidencial e afirmam que “o que falta no país é a necessidade de o Executivo prestar contas de sua ação, de explicar seus atos e, em caso de contestação, responder por eles”.³¹

Concorda-se com isso. Reforçar a oposição é reforçar também a democracia. Se funciona bem o sistema de controle do governo, há incremento no debate público, necessidade de coesão permanente da maioria e de engajamento dos parlamentares da base com as linhas gerais de atuação do programa governamental. Da mesma forma, cabe à oposição trabalhar constantemente para demonstrar pontos insatisfatórios na condução e na execução da política nacional.

Por mais que pareça contraditório, quando se dá condição à oposição para atuar adequadamente na função de controle, os questionamentos feitos ao Governo exigem organização para a defesa dos pontos de vista da maioria³² e melhoria de diálogo entre os ministros e os parlamentares integrantes de sua base.

No que se refere ao papel de questionamento de ministros, é importante que exista um estatuto dos direitos da oposição, a fim de que seus integrantes tenham acesso aos atos de Governo, como ocorre com o *ghost government* inglês, capacitando a representação da oposição a ter informações precisas e confiáveis, com acesso a documentos sigilosos.

A instituição de sessões formais frequentes de questionamento dos integrantes do Governo, a sujeição dos ministros a mecanismos de constrição caso não cumpram adequadamente o dever de informar e

³⁰ Neste sentido, o Relatório Bartolone sugere a instituição de um contrarrelator dos projetos nas comissões (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 136-137). Existem algumas propostas da Comissão com as quais não se concorda, como a que sugere a liberação do direito de emendas parlamentares no domínio financeiro e a que proíbe o governo de apresentar emendas a seus projetos de lei, ou pelo menos submeter essas emendas e um prazo de depósito. Quanto à primeira, criaria obstáculo para a efetivação do programa de Governo, que acabaria contingenciado por emendas financeiras de parlamentares que não foram eleitos para governar. No que se refere à segunda, algumas emendas apresentadas pelo Governo durante a fase de discussão surgem exatamente após negociação de pontos polêmicos com a oposição, sendo, pois, mecanismos de aperfeiçoamento do texto legal. Uma sugestão que também valorizaria o papel do Parlamento seria a de limitar o uso de *ordonnances*, na forma proposta por Drago (2006, p. 66) e Portelli (2006, p. 6).

³¹ Opinião de François Bastien na sessão do dia 13/3/2015 da Comissão Bartolone (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 80, tradução nossa).

³² No mesmo sentido, Sadoun (2004, p. 6) afirma, com razão, que numa sociedade livre não se pode ignorar a contradição de opiniões e de interesses.

de responder fundamentadamente ao interrogatório parlamentar, além do direito de réplica pelo inquiridor, são medidas que farão com que a função de controle seja mais bem exercida no Parlamento.

No que se refere à formação de comissões, enquanto as de participação no processo legislativo devem guardar proporcionalidade com as bancadas – de modo que a oposição não possa ter facilitado o bloqueio das ações governamentais –, nas comissões de inquérito, de controle e de acompanhamento de políticas públicas essa proporcionalidade deve ser ponderada de forma que não se frustre o exercício dessas funções.

A normatização constitucional das comissões de inquérito, com poderes de investigação efetivos, bem aparelhada e sem que se lhe possa negar fornecimento de informações sigilosas é fundamental para que o Parlamento exerça bem sua atribuição fiscalizadora.³³

Além dessas propostas referentes ao Legislativo, o reforço de outras formas de contrapoder podem contribuir para o equilíbrio institucional no semipresidencialismo, especialmente a valorização do Judiciário e do *Parquet* e a transformação do Conselho Constitucional em verdadeira Corte Constitucional, nos moldes de outros países europeus como Alemanha e Espanha.

Em relação ao Judiciário, seu reconhecimento como Poder e não como autoridade judiciária, com garantias institucionais previstas constitucionalmente para atuação com independência e imparcialidade e sem que o presidente seja seu avalista (art. 64) (FRANÇA, 1958), faria com que passasse a desempenhar ainda melhor seu papel.

Quanto ao Conselho Constitucional, é importante que não seja mais composto por ex-presidentes da República; que a indicação dos nomes seja debatida publicamente e aprovada pelo Legislativo; e que sua competência seja modernizada, de forma a ser ampliada no controle de constitucionalidade.³⁴

4. Conclusão

Parte da sociedade francesa tem apontado dificuldades para se manterem relações balanceadas entre os Poderes Executivo e Legislativo e para se garantirem condições de controle do Governo pela oposição e pelas minorias.

³³ Blachèr (2014, p. 140-141) destaca que as principais razões para o insucesso das comissões de inquérito na França são a falta de atribuição sobre fatos que estejam sendo objeto de análise judicial e falta de meios adequados para funcionamento, o que inclui a possibilidade de o Governo opor acesso a documentos classificados.

³⁴ Essas propostas estão de acordo com o que foi discutido na Comissão Bartolone (ASSEMBLÉE NATIONALE, 2015, p. 138).

Nesse sentido, é importante separar o que é característico do sistema – e não teria como ser alterado sem que na prática se instalasse outro regime de governo –, daquilo que deva ser considerado disfunção a ser corrigida.

As maiores críticas em relação ao executivo têm sido dirigidas à incompatibilidade entre a existência de atribuições presidenciais próprias e a inexistência de responsabilidade política do Chefe de Estado. No que se refere ao Legislativo, afirma-se que o Parlamento se tem comportado como mera instância homologatória da vontade do Governo.

Propõe-se, então, o retorno do mandato do presidente ao período de sete anos, uma vez que sua redução a cinco contribuiu para a hiperpresidencialização do sistema e afastou o presidente da orientação geral das necessidades de longo prazo do Estado.

No que se refere às atribuições do presidente, sugere-se que, naquelas que lhe são próprias e não se submetem à ratificação pelo primeiro-ministro, o Parlamento possa manifestar desaprovação mediante maioria “superqualificada”, dando-se ao Chefe de Estado, por outro lado, o recurso de submetê-la à consulta popular.

Além disso, parece oportuno que a Constituição preveja a destituição do presidente em caso de não obtenção de maioria na Assembleia após eleição de deputados decorrente de anterior dissolução deste órgão legislativo, além de instituir a necessidade de voto de investidura do Governo. Da mesma forma, a possibilidade de responsabilização individual dos membros do Governo reforçaria o papel de controle do Legislativo.

No que se refere ao Legislativo, propõe-se a valorização da participação da oposição e das minorias nas ações de controle do Governo e de avaliação das políticas públicas, o que pode ser feito com o incremento do acesso à informação e mediante reforço na atuação de comissões de inquérito com poderes de investigação efetivos.

Por fim, o estabelecimento de um percentual de cadeiras em critério de eleição proporcional atenuaria o efeito de “super-representatividade” dos partidos que obtêm maioria sob escrutínio majoritário – sem, contudo, impor o efeito colateral de oferecer risco de paralisia governamental ou de domínio de pensamento político extremado.

Passados sessenta anos de experiência institucional, o semipresidencialismo francês tem-se mostrado um regime de governo com diversas virtudes políticas, por favorecer a capacidade de se governar democraticamente e por conter mecanismos de prevenção de crises.

As principais críticas que se lhe apresentam têm natureza paramétrica e as propostas delas decorrentes podem contribuir para aperfeiçoar a função presidencial e para equilibrar as relações entre o Executivo e o Legislativo.

De qualquer forma, deve-se reconhecer que o regime francês é fruto de uma engenharia institucional criativa e bem elaborada e que “nos alegrando ou nos exasperando, seria tempo de admitir, depois de cinquenta anos, que a Quinta República é mais forte que os homens que a fizeram nascer, que ela os submete a suas normas e não se curva a eles” (CARCASSONNE, 2008, p. 34, tradução nossa).

Sobre o autor

Marcelo Leonardo Tavares é doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; pós-doutor em Direito Público pela Université Lyon III, Lyon, França; professor adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil; juiz federal, Justiça Federal do Rio de Janeiro, RJ, Rio de Janeiro, Brasil.

E-mail: marceloltavares@globocom

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁵

THE FRENCH SEMI-PRESIDENTIALISM IN CHECK

ABSTRACT: The article aims to examine the peculiar reading that the French regime gives to the Montesquieu's separation of powers system. It comments the criticisms of semi-presidentialism that it would be unbalanced by the prominence of the president over the prime minister and the leadership of the Executive Power in legislative work. It concludes that the problem of “over-presidentialisation” can be mitigated by the increase in the president's term of office, the definition of his duties and responsibilities, the introduction of the proportional component in the National Assembly election and the strengthening of the opposition's role in the control of government acts.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW. FORM OF GOVERNMENT. FRENCH SEMI-PRESIDENTIALISM.

Como citar este artigo

(ABNT)

TAVARES, Marcelo Leonardo. O semipresidencialismo francês em xeque. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 141-161, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p141>.

(APA)

Tavares, M. L. (2018). O semipresidencialismo francês em xeque. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 141-161. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p141

³⁵ Sem revisão do editor.

Referências bibliográficas

ARGENTINA. Presidencia de la Nación. *Constitución de la Nación Argentina* (1995). Buenos Aires: Infoleg, 1995. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ASSEMBLÉE NATIONALE. *Refaire la démocratie: rapport* n° 3100. [S.l.: s.n.], 2015. Disponível em: <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

AVRIL, Pierre. Équilibrer la présidence quinquennale?. *Droits*, v. 44, n. 2, p. 149-160, 2006.

BASTIEN, François. *Misère de la Ve République*. Paris: Denoël, 2001.

BERGOUIGNOUS, Georges. Les binômes majorité-opposition. *Pouvoirs*, v. 146, n. 3, p. 43-55, 2013. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Les-binomes-majorite-opposition.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BLACHÈRE, Philippe. *Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Hachette, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution*. Paris: Editions Du Seuil, 2014.

CARCASSONNE, Guy. Immuable V^e République. *Pouvoirs*, v. 126, n. 3, p. 27-35, 2008. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Immuable-Ve-Republique.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

CIBOIS, Philippe. Position: sortir de la monarchie républicaine. *Esprit*, n. 10, p. 5-8, oct. 2014.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Constitución Política de Colombia (1991)*: actualizada con los actos legislativos a 2015. [S.l. : s.n.], 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

DRAGO, Guillaume. La confection de la loi sous la V^e République: pouvoir législatif ou fonction partagée?. *Droits*, v. 43, n. 1, p. 61-72, 2006.

DUHAMEL, Olivier; TUSSEAU, Guillaume. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Seuil, 2016.

DUHAMEL, Olivier. Une démocratie à part. *Pouvoirs*, v. 126, n. 3, p. 17-26, 2008. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Une-democratie-a-part.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

ELGIE, Robert (Ed.). *Semi-presidentialism in Europe*. New York: Oxford University Press, 1999.

FRANÇA. *Constituição da República Francesa de 1958*. [S.l.: s.n.], 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

GHEVONTIAN, Richard. Quinquennat: Louis Favoreu avait raison. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 100, n. 4, p. 953-959, 2014.

GICQUEL, Jean-Éric. Équilibres et déséquilibres sous la V^e République. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 102, n. 2, p. 265-276, 2015.

GICQUEL, Jean. La reparlementarisation: une perspective d'évolution. *Pouvoirs*, v. 126, n. 3, p. 47-60, 2008. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/La-reparlementarisation-une.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

HAMON, Francis. La crise du système référendaire. *Droits*, v. 43, n. 1, p. 91-108, 2006.

HÉRIN, Jean-Louis. Les groupes minoritaires: un nouveau concept entre droit et politique. *Pouvoirs*, v. 146, n. 3, p. 47-69, 2013. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Les-groupes-minoritaires-un.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

LAQUIÈZE, Alain. Le modèle du régime présidentiel sous la V^e République. *Droits*, v. 43, n. 1, p. 45-60, 2006.

LASCOMBE, Michel; TOULEMONDE, Gilles. *Le droit constitutionnel de la Ve République*. 13. ed. Paris: L'Harmattan, 2015.

LAZORTHE, Frédéric. Le libéral et la Constitution de la V^e République: Aron et le complexe français du Pouvoir Exécutif. *Droits*, v. 44, n. 2, p. 59-70, 2006.

LE DIVELLE, Armel. Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V^e République (simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre "droit de la constitution" et système de gouvernement). *Droits*, v. 44, n. 2, p. 101-138, 2006.

PIMENTEL, Carlos-Miguel. L'opposition, ou le procès symbolique du pouvoir. *Pouvoirs*, v. 108, n. 1, p. 45-61, 2004. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-opposition-ou-le-proces.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

PONTHOREAU, Marie-Claire. Le président de la République: une fonction à la croisée des chemins. *Pouvoirs*, v. 99, n. 4, p. 33-44, 2001. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-president-de-la-Republique-Une.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

PORTELLI, Hugues. Les ordonnances: les raisons d'une dérive. *Droits*, v. 44, n. 2, p. 3-8, 2006.

_____. Le temps parlementaire. *Pouvoirs*, v. 146, n. 3, p. 71-82, 2013. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-temps-parlementaire.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

SADOUN, Marc. Opposition et démocratie. *Pouvoirs*, v. 108, n. 1, p. 5-21, 2004. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Opposition-et-democratie.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

TROPER, Michel. La V^e République et la séparation des pouvoirs. *Droits*, v. 43, n. 1, p. 33-44, 2006.

UNITED STATES. *The Constitution of the United States of America (1787): as amended: unratified amendments: analytical index*. Washington, DC: Government Printing Office, 2007. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

VANDENDRIESSCHE, Xavier. Le Parlement entre déclin et modernité. *Pouvoirs*, v. 99, n. 4, p. 59-70, 2001. Disponível em: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-parlement-entre-declin-et.html>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

Conteúdo e alcance das normas gerais de Direito Previdenciário

ANDRÉ STUDART LEITÃO

EDUARDO ROCHA DIAS

JOSÉ LEANDRO MONTEIRO DE MACÊDO

Resumo: O presente artigo pretende discutir a competência legislativa da União para estabelecer normas gerais de Direito Previdenciário, nos termos do art. 24, inciso XII e § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, aborda a competência material e legislativa acerca da seguridade social, buscando uma aproximação do desenho constitucional do federalismo brasileiro na tentativa de estabelecer parâmetros de definição do conteúdo de normas gerais, precipuamente de Direito Previdenciário, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.717/1998. Ao final, esboçam-se os limites da atuação da União no estabelecimento de normas gerais de Direito Previdenciário.

Palavras-chave: Competência legislativa. Normas gerais. Direito Previdenciário.

1. Introdução

O plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 13 de outubro de 2017, reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.007.271 (BRASIL, 2007f), que trata da competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais em matéria previdenciária no que diz respeito ao descumprimento da Lei nº 9.717/1998 (BRASIL, 1998) e do Decreto nº 3.778/2001 (BRASIL, 2001a)¹ pelos demais entes federados (tema 968 da Repercussão Geral).

Recebido em 7/11/17
Aprovado em 17/1/18

¹ A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos.

Tal Recurso Extraordinário discute, à luz dos arts. 2º e 24, inc. XII e § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988), a constitucionalidade dos arts. 7º e 9º da Lei nº 9.717/1998 e do Decreto 3.788/2001 (BRASIL, 1998, 2001a), no que diz respeito à previsão de medidas sancionatórias ao ente federado que não cumprir as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. Em linhas gerais, cuida-se de definir o alcance da competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais em matéria previdenciária.

O relator do Recurso Extraordinário nº 1.007.271, ministro Edson Fachin, reconheceu que, com base no referendo de tutela antecipada deferida na ACO 830 (BRASIL, 2008), de relatoria do ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, consolidou-se a orientação jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade dos arts. 7º e 9º da Lei nº 9.717/1998. A título de ilustração, vale a pena registrar que esse entendimento foi seguido pelas seguintes decisões do STF: RE-AgR 972.918 (BRASIL, 2017d), de relatoria do ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; RE-AgR 889.294 (BRASIL, 2017c), de relatoria da ministra Rosa Weber, Primeira Turma; RE-AgR 984.480 (BRASIL, 2017a), de relatoria do ministro Celso de Mello, Segunda Turma; RE-AgR 966.462 (BRASIL, 2017b), de relatoria do ministro Luiz Fux, Primeira Turma; RE-AgR 690.846 (BRASIL, 2016c), de relatoria do ministro Edson Fachin, Primeira Turma; RE-AgR 827.541 (BRASIL, 2016b), de relatoria do ministro Teori Zavascki, Segunda Turma; RE-AgR 898.967 (BRASIL, 2016a), de relatoria do ministro Dias Toffoli, Segunda Turma; RE-AgR 876.558 (BRASIL, 2015a), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma; RE-AgR 808.352 (BRASIL, 2014d), de relatoria da ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma.

Em que pese reconhecer precedentes suficientes em sede de agravo regimental para a reafirmação de jurisprudência, nos termos do art. 323-A do RISTF (BRASIL, 2016e), o ministro Edson Fachin, para propor a rediscussão do tema pelo Plenário do STF, entendeu que

passadas quase duas décadas da edição do diploma em questão, sem suspensão ou nulificação dos dispositivos legais sistematicamente afastados por esta Suprema Corte com esteio em julgamento de cognição sumária ocorrido há um lustro, é possível a reabertura do debate deduzido em juízo, ante a potencial mutação das condições fáticas e jurídicas próprias de delicada questão do federalismo fiscal (BRASIL, 2017f, p. [8-9]).

cos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências (BRASIL, 1998); e o Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001, institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP) (BRASIL, 2001a).

Com efeito, o art. 24, inciso XII, da CRFB, dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, cabendo à União, no âmbito da legislação concorrente, estabelecer normas gerais (§ 1º do art. 24 da CRFB) (BRASIL, 1988). A discussão que subjaz ao tema 968 da Repercussão Geral do STF é justamente os limites da competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais em matéria previdenciária.

Este trabalho pretende esboçar os limites da atuação da União no estabelecimento de normas gerais de Direito Previdenciário, à luz do princípio federativo e do contributo da doutrina e da jurisprudência forjadas sobre o tema.

A pesquisa será bibliográfica e documental, a partir da análise de artigos doutrinários e decisões judiciais referentes ao tema, bem como exploratória, já que pretende propor parâmetros para a definição da questão com base no exame dos materiais pesquisados.

2. Competência material e legislativa em seguridade social

A CRFB assim define a seguridade social (art. 194, *caput*): “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988). Da leitura do art. 194 da CRFB percebe-se que a previdência social, a saúde e a assistência social integram os três ramos de atuação da seguridade social.

A CRFB (BRASIL, 1988), além de definir o gênero seguridade social, conceitua cada área de atuação da seguridade social. Dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196). A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 203). Finalmente, a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201).

Relativamente à competência material, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde e assistência social (art. 23, inciso II, da CRFB). Quanto à previdência pública, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dado o seu caráter nacional, é de competência material exclusiva da União. Quanto aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), nos termos do art. 40 da CRFB, a competência material é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em relação à seguridade social como um todo, a competência legislativa é privativa da União, nos termos do art. 22, inciso XXIII, da CRFB. Significa dizer que compete privativamente à União regulamentar a seguridade social como sistema, ou seja, estabelecer a organicidade da seguridade social (como as três áreas de atuação da seguridade social deverão interagir sistematicamente).²

Observe-se, contudo, que a competência legislativa privativa da União para disciplinar o sistema de seguridade social não obsta o exercício da competência legislativa das demais pessoas políticas para legislar sobre assistência social e saúde (e regime próprio de previdência social, como adiante será visto), uma vez que a competência privativa da União é para legislar sobre a seguridade social como um todo, como sistema, ou, na dicção do art. 194, *caput*, da CRFB, como conjunto integrado de ações. Com efeito, segundo o art. 23, inciso II, da CRFB, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e da assistência pública (BRASIL, 1988). Sabe-

se que a competência material das pessoas políticas implica, em razão do princípio da legalidade, a competência legislativa. Assim, em termos de saúde e assistência social, todas as pessoas políticas da Federação dispõem de competência legislativa, cabendo à União estabelecer, tal como acontece com a seguridade social como um todo, a organicidade dessas áreas de atuação da seguridade social. Para isso, a Lei nº 8.742/1993 (BRASIL, 1993b) organiza a assistência social (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) e a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990) organiza a saúde (Lei Orgânica da Saúde – LOS). Assim, as pessoas políticas da Federação, ao legislar sobre saúde e assistência social, devem observar as diretrizes estabelecidas nessas leis editadas pela União.

Em termos de competência legislativa sobre previdência social, é necessário dividi-la entre o RGPS³ e o RPPS⁴. No que se refere ao RGPS, a competência legislativa da União é privativa, seja em razão do caráter nacional de abrangência do Regime Geral (não há espaço para regulamentação local), seja pelo fato de a União deter competência exclusiva para

³O RGPS, disciplinado pelo art. 201 da CRFB, abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada (empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e segurados especiais) e os servidores públicos não amparados por regime próprio de previdência social. Além dos trabalhadores da iniciativa privada, cuja filiação é obrigatória, é possível a filiação facultativa (não obrigatória) ao RGPS, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991b).

⁴Os RPPS do servidor civil estão disciplinados no art. 40 da CRFB e são destinados somente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, visto que “Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social” (conforme § 13 do art. 40 da CRFB). Registre-se, também, que os membros da Magistratura (art. 93, inciso VI, da CRFB), do Ministério Público (art. 129, § 4º, da CRFB) e dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º, e art. 75 da CRFB) submetem-se às regras do art. 40 da CRFB, tal qual o servidor ocupante de cargo efetivo.

²A União exerceu a competência legislativa em termos de seguridade social editando a Lei nº 8.212/1991, conhecida como Lei Orgânica da Seguridade Social. Essa lei também instituiu o Plano de Custeio da Seguridade Social (BRASIL, 1991a).

instituir contribuições previdenciárias para o Regime Geral (art. 149, *caput*, da CRFB).

Por outro lado, o art. 24, inciso XII, da CRFB atribui competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a previdência social. Ora, se a competência legislativa sobre a previdência social do Regime Geral é exclusiva da União, como visto antes, impõe-se a conclusão de que a previdência social a que se refere o art. 24, inciso XII, da CRFB só pode ser a do Regime Próprio. Assim, quanto ao Regime Próprio de Previdência Social, como a competência legislativa é concorrente, cabe à União estabelecer as normas gerais (art. 24, § 1º, da CRFB). A competência legislativa na previdência social do Regime Próprio fica assim estabelecida: a União concentra o poder de estabelecer as normas gerais naqueles temas que demandam tratamento padronizado, principalmente na regulamentação do art. 40 da CRFB.⁵ Caberá às pessoas políticas da Federação, observadas as diretrizes constitucionais e as normas gerais editadas pela União Federal, legislar sobre o Regime Próprio de Previdência Social dos seus servidores ocupantes de cargo efetivo, por lei específica de cada ente federativo⁶.

A previdência privada, finalmente, será regulamentada exclusivamente pela União (art. 21, inciso VIII, e art. 22, inciso VII, da CRFB), por intermédio de lei comple-

⁵Exemplos de leis editadas pela União que estabelecem normas gerais acerca do RPPS são: a Lei nº 9.717/1998 (BRASIL, 1998) (que dispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências) e Lei nº 10.887/2004 (BRASIL, 2004b) (que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional 41, de 19/12/2003).

⁶Registre-se que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência tributária para a instituição de contribuição previdenciária dos seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 (art. 149, § 1º, CRFB).

mentar (art. 202 da CRFB). Regulamentam o art. 202 da CRFB a Lei Complementar nº 109/2001 (BRASIL, 2001b) (que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências) e a Lei Complementar nº 108/2001 (BRASIL, 2001c) (que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências).

3. Federalismo brasileiro: uma breve aproximação

A CRFB (BRASIL, 1988) estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), sendo um dos seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades regionais (art. 3º, inciso III), vedando que seja objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, inciso I).

Segundo Rocha (1996, p. 171), o princípio federativo compõe-se dos seguintes elementos: a) da soberania nacional e das autonomias locais das entidades componentes do Estado; b) da repartição de competências entre essas entidades, o que assegura a sua personalização política e o âmbito de competência autônoma e exclusiva de cada qual; c) da participação de todas elas na formação da vontade nacional.

Serafin (2014), por sua vez, defende que são condições necessárias e suficientes para a federação: a) Constituição rígida; b) garantia da definição do princípio federativo como limite material à ação do constituinte reforma-

dor; c) Poder Judiciário ou Corte constitucional suficientemente forte para assegurar um sistema de controle de constitucionalidade eficiente e intransponível.

Bercovici (2008, p. 8), qualificando o federalismo brasileiro como cooperativo, à luz da CRFB, ressalta que o grande objetivo do federalismo é a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional, alertando que o debate não deve ser entre descentralização e centralização, mas qual descentralização e para que (e para quem) descentralizar, para que se evite o desequilíbrio das condições sociais de vida regionalmente, uma vez que o federalismo brasileiro impõe que os problemas regionais não sejam tratados separadamente do contexto nacional, sem desconhecer a especificidade regional, mas sim que a especificidade regional seja entendida em sua inserção no todo nacional.

No federalismo cooperativo, nem a União ou qualquer ente federado pode atuar isoladamente, pois todos devem exercer sua competência juntamente com os demais. Assim, as unidades federadas recebem diretamente da CRFB as suas competências, não se tratando de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. Nesse sentido, a União trata dos interesses gerais, os Estados e outros entes federados (quando existem) dos seus próprios interesses regionais ou locais ou daqueles que são mais bem tratados se delegados ao poder local (BERCOVICI, 2008, p. 8).

Em suma, a repartição de competência legislativa entre os entes federativos deve ser interpretada na perspectiva do federalismo cooperativo (solidário) adotado pela CRFB, em que as questões locais não sejam vistas separadamente do contexto nacional e que as especificidades regionais devem ser inseridas no contexto nacional, na perspectiva de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB).

4. Normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente: conteúdo

A CRFB (BRASIL, 1988) relaciona, no seu art. 24, as matérias de competência legislativa concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (estes, por força da aplicação do art. 30, inci-

so II, da CRFB). No âmbito da legislação concorrente, explícita o § 1º do art. 24 da CRFB, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.⁷

A doutrina nacional adota, basicamente, duas posições relacionadas ao conteúdo das normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente: a primeira, que tenta aprioristicamente determinar o seu conteúdo, de modo a aplicá-lo a todas as hipóteses de competência legislativa concorrente (corrente lógico-formal); a segunda, que entende que não é possível, abstratamente, definir o conteúdo das normas gerais, devendo, em cada situação de competência legislativa concorrente, ser averiguado “finalisticamente” o conteúdo das normas gerais requeridas (corrente teleológico-material). Nesse sentido, expõe Nogueira (2014, p. 8):

A primeira das duas principais correntes que buscam estabelecer uma definição apta a determinar o que sejam “normas gerais” adota um critério lógico-formal e funda-se no elemento da especificidade, ou seja,

⁷Ferraz Júnior (1995, p. 251) assim resume o exercício da competência concorrente, nos moldes do art. 24 da CRFB: “Em suma, na legislação concorrente, a União possui competência limitada ao estabelecimento de normas gerais; os Estados e o Distrito Federal detêm a competência residual para o estabelecimento de normas particulares, competência que lhe é prevista, e, em caso lacuna – inexistência – de normas gerais, competência plena (normas gerais e particulares) com função colmatadora (isto é, estabelecimento de normas gerais apenas na medida em que estas sejam exigidas para a edição de normas particulares e, obviamente, válidas no seu âmbito de autonomia). A superveniência de normas gerais federais, porém, torna ineficazes (mas não inválidas) as normas gerais estaduais com função colmatadora. A despeito das regras sobre a legislação concorrente, Estados e Distrito Federal, mas também os Municípios, mesmo estes, que dela não participam, têm a competência suplementar, que os autoriza a estabelecer normas gerais não-concorrentes, mas decorrentes das normas gerais federais; por isso, aliás, essa competência só pode ser exercida em havendo normas gerais da União (não serve para preencher lacunas), devendo existir compatibilidade entre elas (gerais da União e dos Estados/DF) sob pena de invalidade (inconstitucionalidade).”

considera “geral” tudo aquilo que não seja “específico”. Por essa linha, a norma geral deve ficar adstrita ao estabelecimento de princípios e diretrizes com maior grau de generalidade, não podendo descer ao detalhamento da matéria que disciplina. [...] A segunda corrente adota um critério teleológico-material, cujo elemento determinante é o princípio da predominância do interesse, ou seja, estar-se-á diante de “normas gerais” conforme o interesse a ser alcançado seja eminentemente nacional, e não regional ou local.

A primeira tentativa de estabelecer aprioristicamente o conteúdo das normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente foi feita por Pinto (1949, p. 45), cujas conclusões foram formuladas sob a forma de proposições negativas: a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público participantes de determinadas relações jurídicas; b) não são normas gerais as que visem particularizadamente determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros da mesma condição ou espécie; c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.

Moreira Neto (1988, p. 149-150) sintetiza, de acordo com a doutrina nacional e estrangeira, o conteúdo lógico-formal das normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente: a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; c) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preenchem lacunas constitucionais ou dispoñham sobre áreas de conflito; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas,

no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; h) não são normas de aplicação direta.

Após alinhar as características do conteúdo lógico-formal das normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, Moreira Neto (1988, p. 159) oferece a seguinte definição de normas gerais:

São declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.

Ferraz Júnior (1995, p. 249) defende que uma definição lógico-formal de normas gerais não é suficiente para uma correta interpretação constitucional do seu conteúdo, sendo necessária uma incursão finalística em cada hipótese constitucional de competência legislativa concorrente:

A lógica, porém, ajuda mas não resolve a questão interpretativa. [...] Deste modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no *caput* do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige a cooperação dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. [...] Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico de colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p. 249).

Parece assistir razão a Ferraz Júnior, na medida em que, além dos aspectos lógico-formais, apriorísticos, impõe-se uma averiguação teleológica-material acerca do conteúdo das normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, na perspectiva do federalismo cooperativo adotado pela CRFB. Nesse sentido, indaga-se: qual seria o escopo do legislador constitucional ao outorgar à União a tarefa de estabelecer normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente?

Parece-nos que a CRFB, ao atribuir à União o estabelecimento de normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, visa a alcançar dois objetivos principais: a) evitar conflitos normativos e b) evitar a superposição de atribuições entre os entes federados. Explica-se: se todos os entes federados têm competência para legislar sobre uma determinada matéria, é natural que haja a possibilidade real de conflitos normativos (normas de entes federativos distintos tratando da mesma matéria de maneira colidente) e de superposição de atribuições (entes federativos distintos executando as mesmas atribuições).

Assim, as normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, a cargo da União, visam a dar sistematicidade e organicidade à matéria objeto de legislação concorrente. Exemplifica-se: a competência legislativa acerca da saúde e da assistência social é concorrente, conforme já realçada anteriormente. A Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e a Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social) (BRASIL, 1990, 1993b), ao criarem, respectivamente, o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), deram organicidade a essas duas áreas de competência material comum de todos os entes federativos, distribuindo as atribuições a cargo de cada ente federativo, minimizando, assim, a possibilidade de conflito normativo e de superposição de atribuições.

E por que a atribuição de estabelecer normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente foi conferida à União, em detrimento dos demais entes federativos? A resposta é encontrada pela constatação de que o Congresso Nacional é bicameral, composto pelo Senado Federal (integrado por 81 senadores, que representam as 27 unidades federativas – 26 Estados e o Distrito Federal) e pela Câmara dos Deputados (integrada por 513 deputados federais, que representam o povo). No Senado Federal, todos os Estados (e o Distrito Federal) têm o mesmo número de representantes (três senadores), independentemente do tamanho de suas populações, ao passo que na Câmara dos Deputados o número de representantes de cada unidade federativa varia conforme o tamanho da sua população. O sistema bicameral foi adotado justamente em razão da forma federativa do Estado brasileiro, buscando equilibrar o peso político das unidades federativas.

Com efeito, o Congresso Nacional, ao estabelecer normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente aplicáveis a todos os entes da federação, manifesta, em última análise, a vontade do povo (Câmara dos Deputados) e a vontade das 27 unidades da federação (Senado Federal), daí a legitimidade constitucional da União para a elaboração de normas gerais em matéria de competência legislativa concorrente.

Desse modo, em todas as hipóteses constitucionais de competência legislativa concorrente, cabe ao intérprete, municiado das características lógico-formais das normas gerais, tentar empreender a tarefa de desvendar, em cada situação concreta, qual a finalidade a ser alcançada pelas normas gerais a cargo da União Federal, na perspectiva de um federalismo cooperativo (de colaboração, solidário).

5. Normas gerais de Direito Previdenciário

Conforme já se afirmou anteriormente, o art. 24, inciso XII, da CRFB atribui competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a previdência social do Regime Próprio, cabendo à União estabelecer as normas gerais naqueles temas que demandam tratamento padronizado, principalmente na regulamentação do art. 40 da CRFB (art. 24, § 1º, da CRFB), ficando a cargo das pessoas políticas da Federação, observadas as normas constitucionais e as normas gerais editadas pela União Federal, legislar sobre o RPPS dos seus servidores ocupantes de cargo efetivo.

O presente tópico visa a estabelecer parâmetros relativos ao conteúdo e ao alcance das normas gerais de Direito Previdenciário, na perspectiva de um federalismo cooperativo e de uma hermenêutica teleológico-material de normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente.

Mediante a análise do art. 40 da CRFB, propõem-se dois critérios complementares que permitem identificar as normas constitucionais de conteúdo geral e conseqüentemente de replicação obrigatória por todos os entes: 1º) critério normativo; 2º) critério da uniformidade.⁸

Segundo o critério normativo, sempre que o texto constitucional indicar a necessidade de integração legislativa, estar-se-á diante de uma lei de conteúdo geral. O critério da uniformidade, por sua vez, é pressuposto fundamental para a garantia de coerência entre os sistemas. Aplica-se basicamente em relação aos conceitos abstratos, às matérias que depen-

⁸ Rocha (2003, p. 171-180) propõe dois critérios para a identificação do campo de atuação da União no estabelecimento de normas gerais de Direito Previdenciário: 1) o da garantia do núcleo protetivo previdenciário e 2) o da interconexão. Com base nesses dois critérios, o autor apresenta como temas próprios de normas gerais de Direito Previdenciário: a) a contagem recíproca de tempo de contribuição pelos regimes previdenciários; b) a compensação financeira entre os diferentes regimes; c) o elenco de beneficiários; d) o rol mínimo de prestações de natureza substitutiva e as proibições de acumulação; e) a relação de doenças que autorizam a concessão de aposentadoria por invalidez com proventos correspondentes à integralidade da média das contribuições vertidas pelo servidor; f) os requisitos e critérios prejudiciais à saúde que autorizem a concessão de aposentadoria especial em face do exercício de atividades perigosas ou insalubres.

dem de regulação técnica e quando a lógica impuser a aplicação racional de preceitos análogos.

À luz desses critérios, consideram-se normas gerais de Direito Previdenciário as que regulam as seguintes matérias:

Quadro das matérias reguladas pelas normas de Direito Previdenciário

Assunto	Fundamento	Critério
Equilíbrio financeiro, definição de critério e controle	art. 40, <i>caput</i>	Uniformidade
Abrangência protetiva do regime próprio	art. 40, <i>caput</i>	Uniformidade
Definição de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave, contagiosa ou incurável	art. 40, § 1º, I	Normativo e uniformidade
Conceito de efetivo exercício no serviço público e de cargo efetivo em que se dará a aposentadoria	art. 40, § 1º, III	Uniformidade
Conceito de magistério	art. 40, § 5º	Uniformidade
Regime jurídico das aposentadorias especiais	art. 40, § 4º	Normativo e uniformidade
Atualização das remunerações para cálculo dos benefícios (previsão do percentual mínimo)	art. 40, § 17	Normativo e uniformidade
Reajuste dos benefícios previdenciários (previsão do percentual mínimo)	art. 40, § 17	Normativo e uniformidade
Regime jurídico do benefício de pensão por morte	art. 40, § 7º	Normativo e uniformidade
Regras sobre acumulação de benefícios	art. 40, § 6º	Uniformidade
Contagem recíproca de tempo de contribuição e compensação financeira inter-regimes decorrente da contagem recíproca do tempo de contribuição	art. 40, § 9º c/c art. 201, § 9º	Normativo e uniformidade
Definição de critérios de identificação de doença incapacitante para fins de incidência da contribuição previdenciária do inativo/pensionista sobre o dobro do teto	art. 40, § 21	Normativo e uniformidade

Fonte: elaboração própria.

Equilíbrio financeiro, definição de critério e controle (art. 40, *caput*). De acordo com o art. 40, *caput*, da CRFB, aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (BRASIL, 1988).

Em primeiro lugar, percebe-se que o dispositivo constitucional não delega ao legislador, de maneira expressa, a definição dos critérios e de mecanismos de controle financeiro dos regimes próprios de previdência. Exatamente por isso, trata-se de aplicação exclusiva do critério da uniformidade.

Questiona-se a constitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.717/1998 (BRASIL, 1998), na medida em que atribui competência à União para

a orientação, a supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para o fiel cumprimento dos dispositivos da Lei, para o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos na Lei e para a apuração de infrações, por servidor credenciado, e a aplicação de penalidades, por órgão próprio, nos casos previstos na Lei, bem como do art. 7º da mesma Lei, ao estabelecer que o descumprimento dos seus dispositivos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios implicará a suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União, o impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União, a suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais e a suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da compensação financeira decorrente da contagem recíproca de tempo de contribuição⁹.

O principal argumento invocado para o reconhecimento da inconstitucionalidade desses dispositivos legais é o malferimento ao pacto federativo, por entender que a União, ao exercer os papéis fiscalizatório e sancionatório fixados legalmente, estaria invadindo a autonomia dos demais entes federativos. O ministro Marco Aurélio, na ação civil ordinária ACO 830 (BRASIL, 2008), após reconhecer a competência da União para estabelecer normas gerais de previdência social do regime próprio, nos termos do art. 24, inciso XII, e § 1º, da CRFB, entendeu que a outorga de poderes fiscalizatório e sancionatório à União pela Lei nº 9.717/1998 denota um extravasamento da autonomia dos entes federativos menores:

Constatado, neste exame preliminar, que se adentrou não o campo do simples estabelecimento de normas gerais. Atribuem-se a ente da Administração Central, ao Ministério da Previdência e Assistência Social, atividades administrativas em órgãos da Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos fundos a que se refere o artigo 6º da citada lei. A tanto equivale a previsão de que compete ao

⁹O Decreto nº 3.788/2001 (BRASIL, 2001a) criou o Certificado de Regularidade Previdenciária, cuja finalidade é atestar o cumprimento dos critérios e exigências estabelecidos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, pelos regimes próprios de previdência social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de realização de transferências voluntárias de recursos pela União, de celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União, de celebração de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais e do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da compensação financeira.

Ministério da Previdência e Assistência Social orientar, supervisionar e acompanhar as práticas relativas à previdência social dos servidores públicos das unidades da Federação. Mais do que isso, mediante o preceito do artigo 7º, dispôs-se sobre sanções diante do descumprimento das normas - que se pretende enquadradas como gerais. Deparo, assim, com quadro normativo federal que, à primeira vista, denota o extravasamento dos limites constitucionais, da autonomia própria, em se tratando de uma Federação. Uma coisa é o estabelecimento de normas gerais a serem observadas pelos Estados membros. Algo diverso é, a pretexto da edição dessas normas, a ingerência na administração dos Estados, quer sob o ângulo direto, quer sob o indireto, por meio de autarquias. Vale frisar que não prospera o paralelo feito entre a legislação envolvida na espécie e a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, editada a partir de previsão expressa contida no artigo 169 da Constituição Federal, impondo limites a serem atendidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2008, p. 171).

Esse mesmo entendimento do ministro Marco Aurélio foi seguido em outras decisões do STF:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Constitucional. Previdência social. Lei n. 9.717/1998. 3. Extravasamento da competência legislativa da União. Atividades administrativas e sanções. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2015a, p. [1]).

COMPETÊNCIA CONCORRENTE – PREVIDÊNCIA SOCIAL – NORMAS GERAIS – EXTRAVASAMENTO. Artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.717/98. Extravasamento do campo relativo às normas gerais sobre previdência social (BRASIL, 2014b, p. [1]).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESTRIÇÕES DA LEI N. 9.717/1998. NORMAS GERAIS. PREVIDÊNCIA SOCIAL. EXTRAVASAMENTO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (BRASIL, 2014d, p. [1]).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. NORMAS GERAIS. COMPETÊNCIA. UNIÃO. LEI 9.717/1998. ATRIBUIÇÃO DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS. HIPÓTESES DE SANÇÕES. EXTRAVASAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Essa Corte já fixou entendimento no sentido de que a União, ao editar a Lei 9.717/1998, extrapolou os limites de sua competência para estabelecer normas gerais sobre matéria previdenciária, ao atribuir ao Ministério da Previdência e Assistência Social atividades administrativas em órgãos da Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estabelecer sanções para a hipótese de descumprimento das normas constantes dessa lei. II – Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014c, p. [1]).

Com a devida vênia, não parece correto esse entendimento fixado pelo STF. Com efeito, a Lei nº 9.717/1998 (BRASIL, 1998), principalmente nos seus arts. 1º e 6º, estabelece normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social, conforme determina o art. 40, *caput*, da CRFB. Todos os requisitos legais de boa governança dos regimes próprios de previdência social expressos na Lei nº 9.717/1998 visam a concretizar, efetivamente, o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial.

Sabe-se que de nada adiantaria o estabelecimento desses requisitos legais concretizadores do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social se não houvesse uma entidade fiscalizadora e a cominação de sanções pelo seu descumprimento. Por outras palavras, a atribuição de competência à União para a fiscalização e aplicação de sanções pelo descumprimento dos dispositivos da Lei nº 9.717/1998 é uma condição de eficácia da própria Lei. Na ausência desse poder fiscalizador e sancionador atribuído à União, essa lei não teria o menor condão de produzir efeitos e, conseqüentemente, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, preconizado pelo art. 40 da CRFB, não sairia do plano retórico da abstração.

Nesse sentido, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, nos autos da ACO nº 2.040 (BRASIL, 2014e), defende a constitucionalidade da Lei 9.717/98 e dos atos normativos expedidos pelo então Ministério da Previdência Social, como normas de natureza geral expedidas nos limites do art. 24, XII, da CRFB:

Pois bem, na medida em que houve imposição do próprio Constituinte para a adaptação dos regimes, uma vez editado ato normativo com esse intento, pelo ente competente, no exercício da atribuição prevista no referido art. 24, XII, os poderes de fiscalização e supervisão passam a ser inerentes àquele ente e serão exercidos, por óbvio, pelo órgão da Previdência respectivo. É certo, ainda, que o controle específico assim exercido, não exclui aquele mais genérico atribuído à Corte de Contas. Do contrário, estaríamos diante de previsão desnecessária. É de se ver que, dentro do propósito harmonizador da Constituição Federal e da legislação que dela decorre, a orientação, a supervisão e o acompanhamento, bem como *o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e diretrizes gerais previstos na lei*, parecem pôr-se de acordo com a ideia de normas gerais preconizada pelo Constituinte. São o modo de efetivar-se o objetivo legal. [...] Nesse ponto, é relevante notar que do texto constitucional não é possível aferir a existência de autonomia absoluta dos Estados e demais entes da Federação para a organização do regime previdenciário dos seus servidores. A regra que prevê modelo único de regime de previdência e aquela fixadora da competência concorrente para legislar sobre a matéria evidenciam, como visto, a necessidade de

legislação nacional integradora daquela norma. [...] Verifica-se, assim, que não houve, no presente caso, interferência de qualquer espécie na autonomia estadual que não tenha sido autorizada – e mesmo determinada – pela própria Constituição da República, evidenciando-se, portanto, inexistentes as inconstitucionalidades suscitadas pelo autor (BRASIL, 2014e, p. 9-13).

Registre-se ainda que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 287 (BRASIL, 2016d), enviada pelo Chefe do Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional em 5/12/2016, com a finalidade de reformar a previdência social, propõe o acréscimo do § 23 ao art. 40 da CRFB, no sentido de pormenorizar a competência da União para estabelecer normas gerais, por lei complementar, relacionadas à organização e ao funcionamento dos regimes próprios de previdência social¹⁰:

§ 23. Lei complementar disporá sobre as regras gerais de organização e funcionamento do regime de previdência de que trata este artigo e estabelecerá:

I - normas gerais de responsabilidade na gestão previdenciária, modelo de financiamento, arrecadação, gestão de recursos, benefícios, fiscalização pela União e controle externo e social; e

II - requisitos para a sua instituição e extinção, a serem avaliados em estudo de viabilidade administrativa, financeira e atuarial, vedada a instituição de novo regime de previdência sem o atendimento desses requisitos, situação na qual será aplicado o regime geral de previdência social aos servidores do respectivo ente federativo (BRASIL, 2016d, p. 99).

Desse modo, entende-se que é corolário lógico do estabelecimento de normas gerais de organização e funcionamento do regime de previdência do servidor público a outorga de poderes fiscalizatórios e sancionatórios, sob pena das normas gerais não passarem de um catálogo de boas intenções, sem qualquer eficácia concreta. Nesse sentido, a Lei nº 9.717/1998, ao conceder à União a tarefa de fiscalizar e aplicar sanções pelo descumprimento de seus dispositivos, em nada extravasou a competência legislativa e muito menos malferiu o princípio federativo.

Abrangência protetiva do regime próprio (art. 40, *caput*). O *caput* do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988) também designa expressamente o pressuposto de fato de vinculação ao regime próprio de previdência. Ele se destina apenas aos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

¹⁰ O art. 16 da PEC 287 estabelece regra de transição a ser aplicada até a vigência da lei complementar exigida pelo § 23 do art. 40 da CRFB: “Até que entre em vigor a lei de que trata o § 23 do art. 40 da Constituição, aplica-se o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998” (BRASIL, 2016d, p. 107). Caso aprovada a PEC 287, poder-se-ia afirmar que o legislador constitucional reformador estaria ratificando a constitucionalidade da Lei nº 9.717/1998.

No que diz respeito aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a CRFB determinou a aplicação das seguintes normas sobre inatividade: a) teto remuneratório (art. 37, inciso XI); b) tempo de contribuição federal, estadual e municipal será contado para fins de aposentadoria e o tempo de serviço respectivo para efeito de disponibilidade (art. 40, § 9º); e c) proibição de acumular proventos de inatividade com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os casos de acumulação na forma da CRFB, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, § 10). Quanto aos militares da União (art. 142, § 3º, VIII), aplica-se o disposto no art. 37, inciso XI e § 10. A pensão dos militares, por sua vez, será objeto de lei específica do respectivo ente estatal.

Percebe-se, assim, que a CRFB não adotou expressamente a técnica de previdência social para proteger os militares nas situações de perda ou diminuição de rendimentos, visto não instituir qualquer obrigação contributiva como contraprestação dessa proteção. Eis a razão por que Viegas Filho (2003, p. 209) afirma que, quanto aos militares federais,

não há regime previdenciário dos militares e, logicamente, não há o que referir a equilíbrio atuarial do regime previdenciário dos militares federais, porque ele não existe e por essa razão, quase que ontológica, porque não existe, não pode ser predicado e, conseqüentemente, não pode ser contributivo, nem de repartição. A remuneração dos militares na inatividade, dos reformados e os da reserva, é total e integralmente custeada pelo Tesouro Nacional.

Nesse contexto constitucional, poderia a União estabelecer normas gerais acerca da proteção social dos militares estaduais? Seria possível estabelecer normas gerais somente

para os militares estaduais, excluindo os militares federais? Entende-se que não. Na medida em que a própria CRFB deixou a cargo de cada ente federativo disciplinar, por lei específica, a proteção social dos seus militares, de acordo com cada realidade local, não pode a União estabelecer qualquer padronização dessa proteção social por meio de normas gerais.

Assim, entende-se inconstitucional a Lei nº 9.717/1998 na parte em que estabelece regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Outra inconstitucionalidade afigura-se na exclusão dos militares federais do âmbito de incidência da Lei nº 9.717/1998. Ou seja: se a União tivesse competência para estabelecer normas gerais acerca da proteção social dos militares, essas normas gerais deveriam abranger necessariamente todos os entes políticos da federação, mormente os militares da União Federal, sob pena de não se qualificarem, em termos lógico-formais, como normas gerais.

Definição de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave, contagiosa ou incurável e definição de critérios de identificação de doença incapacitante para fins de incidência da contribuição previdenciária do inativo/pensionista sobre o dobro do teto (art. 40, § 1º, I, e § 21). Conforme disposto no inciso I do § 1º do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988), no âmbito do regime próprio de previdência, os proventos da aposentadoria por invalidez são proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

Trata-se de matéria que deve ser regulada por normas gerais, seja por força da cláusula indicativa de regulamentação (critério normativo: “na forma da lei”), seja pela necessidade de coerência intersistemática na regulação de

conceitos normativos abstratos e no tratamento de questões condicionadas a estudos técnicos alheios ao Direito. Para facilitar a compreensão, imagine-se o caso hipotético de dois servidores públicos filiados a dois regimes previdenciários (federal e estadual). O primeiro servidor ficou inválido depois de sofrer um acidente durante o trajeto trabalho-residência. Sabe-se que o regime federal atribui natureza acidentária a tal evento, o que asseguraria o direito a proventos integrais. Porém, e se o regime próprio estadual não previsse a mesma equiparação? O segundo servidor, por sua vez, foi diagnosticado com uma doença que só é considerada grave de acordo com a legislação federal. Nas duas situações, estar-se-ia então diante de benefícios instituídos com base no mesmo fato gerador, mas com percentuais diversos.

Merece o mesmo tratamento a matéria referente à definição de critérios de identificação de doença incapacitante para fins de incidência da contribuição previdenciária do inativo/pensionista sobre o dobro do teto.

Conceito de efetivo exercício no serviço público e de cargo efetivo (art. 40, § 1º, III e § 5º). O inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988) condiciona a percepção das aposentadorias voluntárias a dez anos de efetivo exercício no serviço público e a cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. O § 5º, por sua vez, prevê a aposentadoria antecipada.

Conquanto o preceito constitucional não indique a cláusula de regulamentação, não há dúvida de que ela é imprescindível para a segurança jurídica das relações, especialmente se for considerada a possibilidade de migração entre os regimes próprios de previdência (contagem recíproca). Assim, por exemplo, é absolutamente irrazoável que o tempo laborado em sociedade de economia mista seja considerado como tempo de serviço público em nível federal e não o seja no âmbito estadual. O mesmo se pode dizer em relação à função de magistério.

Regime jurídico das aposentadorias especiais (art. 40, § 4º). No que se relaciona à aposentadoria especial, consoante já defendido anteriormente, a sua regulamentação comporta norma geral expedida pela União, a ser veiculada por lei complementar (art. 40, § 4º, inciso III), por ser matéria eminentemente técnica e que demanda um tratamento uniforme para todos os servidores públicos. O art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.717/1998 (BRASIL, 1988), veda a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da CRFB, até que lei complementar federal discipline a matéria. Essa norma, por abranger os regimes funcionais estaduais, distrital e municipais, proíbe a concessão de aposentadoria especial por esses entes até que a União estabeleça as normas gerais mediante lei complementar.

Essa vedação é absolutamente descabida por dois fundamentos. Em primeiro lugar, *a priori*, deve-se ponderar o disposto no § 3º do art. 24 da CRFB (BRASIL, 1988) (“inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades”). Dessa maneira, diante da inércia legislativa da União, não há dúvida de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios teriam competência legislativa plena para disciplinar a matéria, nos moldes do art. 24, § 3º, da CRFB. Desse modo, a vedação prevista no art. 5º, parágrafo único, é inconstitucional por limitar competência legislativa consignada constitucionalmente.

Além do mais, não se pode olvidar que, de acordo com a Súmula Vinculante nº 33, aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da CRFB, até a edição de lei complementar específica (BRASIL, 2014a, p.1). Essa mesma lógica tem sido aplicada em relação à aposentadoria especial para as pessoas com deficiência. Com efeito, colhem-se do repertório de jurisprudência do STF diversos precedentes nesse sentido. A título de ilustração, segue a ementa de um deles:

MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. Configurada a mora legislativa, surge imperiosa a observância, por analogia, das normas do Regime Geral de Previdência Social, como critério no exame dos pedidos de aposentadoria especial formulados por servidor público portador de deficiência. Precedente: agravo regimental no mandado de injunção nº 4.153, Pleno, relator o ministro Luiz Fux, acórdão publicado no Diário da Justiça de 18 de novembro de 2013. NORMAS DE REGÊNCIA.

Aplica-se o regime da Lei nº 8.213/1991 aos casos nos quais alcançadas as condições para a aposentadoria especial antes do advento da Lei Complementar nº 142/2013, e o desta no tocante às situações em que o implemento ocorreu depois da promulgação (BRASIL, 2017e, p. [1]).

A abrangência irrestrita do enunciado, cuja incidência não é de forma alguma limitada, ratifica a lógica de que a regulação da aposentadoria especial integra, sem sombra de dúvida, o rol de normas gerais de previdência social.

Atualização das remunerações para cálculo dos benefícios e previsão do percentual mínimo (art. 40, § 17). Nos termos do § 17 do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988), todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.

O § 1º do art. 1º da Lei nº 10.887/2004 (BRASIL, 2004b) dispõe que as remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social. Na esfera do RGPS, o art. 41-A da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991b) prescreve que o valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Em síntese: para o cálculo dos benefícios dos regimes próprios, utiliza-se o INPC como indexador para fins de atualização das remunerações ou salários-de-contribuição.

Defende-se que o caráter geral da matéria consiste na definição de um percentual míni-

mo de atualização. Vale dizer: os Estados não poderiam estabelecer um índice de atualização inferior ao previsto na regra geral editada pela União.

O caráter geral da matéria decorre inicialmente da cláusula de regulamentação. Justifica-se ainda em virtude de sua índole protetiva. Quer-se assegurar que os aposentados de outros Estados não sejam prejudicados em virtude da aplicação de índices de atualização inferiores à inflação, especialmente se for considerado que, de acordo com a regra permanente, o período básico de cálculo das aposentadorias é muito elástico (normalmente superior a trinta anos de trabalho). Exatamente por isso, a utilização de índices muito baixos implicaria perda significativa da prestação.

Some-se a isso um argumento lógico. O § 7º do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988) expressamente define a sistemática de cálculo da pensão por morte. Ora, se a própria CRFB trata dessa matéria, não há outra saída senão reconhecer que a definição da sistemática de cálculo, inclusive a definição do índice de atualização, é matéria que deve integrar o rol de normas gerais, pelo menos no que diz respeito à definição de um indexador de piso.

Reajuste dos benefícios previdenciários e definição de percentual mínimo (art. 40, § 17). A nova redação do § 8º do art. 40 da CRFB, introduzida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (BRASIL, 2003), assegura “o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.¹¹ Verifica-se que o legislador reformador de 2003 extinguiu o critério de reajuste da paridade e não previu nenhum outro critério objetivo em sua substituição. Apenas estabeleceu uma diretriz a

ser seguida pelo legislador: a manutenção do poder real de compra, conforme critérios definidos em lei.

Nesse sentido, o art. 15 da Lei nº 10.887/2004 (BRASIL, 2004b) dispôs que os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os seus arts. 1º e 2º serão reajustados na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social.

A priori, pode-se dizer que o critério de reajuste de proventos de aposentadoria e pensão não pode ser considerada uma norma geral a cargo da União Federal, visto que os reajustes ocorrerão de acordo com as realidades inflacionárias locais de cada ente federado e nos termos do seu particular e específico equilíbrio financeiro e atuarial (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 767). Aliás, nesse sentido, o STF, na ADI 4.582 (BRASIL, 2012), suspendeu liminarmente os efeitos do artigo 15 da Lei nº 10.887/2004 para os Estados e o Distrito Federal, restringindo a sua incidência apenas para a União. Por unanimidade, os ministros deferiram a liminar, alegando vício formal da norma, conforme voto do ministro Marco Aurélio, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo governador do Rio Grande do Sul. Com a decisão, os efeitos do artigo ficam suspensos até o julgamento final da ADI pelo Plenário do STF¹².

Com a devida vênia, essa orientação está equivocada. O próprio STF, em sua composição plena, nos autos do RE 376846 (BRASIL,

¹² Para o ministro relator Marco Aurélio, o dispositivo contestado é incompatível com o § 1º do artigo 24 da CRFB: “Não se pode concluir que no âmbito dessas normas gerais defina-se o modo de revisão dos proventos dos servidores do Estado. [...] Da mesma forma que normatização de revisão geral do pessoal da ativa cabe ao próprio Estado, compete à unidade da Federação legislar sobre a revisão do que é percebido pelos inativos e pensionistas, sob pena de o sistema ficar capenga” (BRASIL, 2012, p. [9-10]).

¹¹ Regra similar à do RGPS, constante do art. 201, § 4º, da CRFB.

2004a), julgado em 24 de setembro de 2003, entendeu que o INPC é o índice mais adequado para o reajuste dos benefícios. Desse modo, permitir que regimes próprios de previdência estabeleçam índices de reajuste inferiores ao INPC, considerado pelo STF o índice mais adequado, é no mínimo contraditório.

Evidentemente, a vinculação dos Estados, Municípios e Distrito Federal ao INPC, assim como acontece em relação ao indexador de atualização das remunerações, opera-se como um piso. Dependendo da realidade financeira do regime próprio, nada obsta que seja concedido reajuste em percentual superior.

Regime jurídico do benefício de pensão por morte (art. 40, § 7º). De acordo com o § 7º do art. 40 da CRFB (BRASIL, 1988), a lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

Indaga-se se o critério de concessão de pensão por morte é matéria reservada a norma geral a ser editada pela União Federal no âmbito da competência legislativa concorrente. Segundo parece ser a melhor posição, o novo critério de cálculo da pensão por morte é auto-aplicável, visto não necessitar de qualquer integração legislativa. A referência à lei feita pela parte inicial do § 7º do art. 40 da CRFB é para a determinação dos critérios de concessão da

pensão por morte, ou seja, relação dos dependentes com direito ao benefício, quais são os casos de pensão temporária e de pensão definitiva, data de início do benefício etc. (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 735-736). Infere-se, pois, que a cláusula indicativa de regulamentação já serve como fundamento para defender que todas essas questões potencialmente integram o rol de matérias dependentes de regulação geral.

A Lei nº 9.717/1998 não previu regulamentação alguma sobre essas questões. Apenas existe a genérica ressalva constante de seu art. 5º no sentido de proibir os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal de conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, de que trata a Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991b), salvo disposição em contrário da CRFB¹³.

Mais recentemente, a Lei nº 13.135/2015 (BRASIL, 2015b) pôs fim ao caráter vitalício da pensão para cônjuges e companheiros no âmbito do regime geral de previdência social e do regime próprio de previdência federal, instituindo tempo de duração da pensão de acordo com as seguintes variáveis: 1) tempo de contribuição do instituidor; 2) origem do óbito (acidentário ou não); 3) tempo de união estável ou casamento; 4) deficiência ou incapacidade do pretendo dependente; 5) idade do pretendo dependente.

A Lei nº 13.135/2015 deveria ter ido além. Poderia ter alterado a Lei nº 9.717/1998. Nesse caso, as suas disposições seriam aplicadas aos regimes próprios de todos os níveis. A propósito, a PEC nº 287 (BRASIL, 2016d) pretende

¹³ Ressalte-se que a própria União descumpra a regra prevista na Lei nº 9.717/1998, já que prevê o benefício de auxílio-funeral, prestação que não tem correspondência no RGPS.

uniformizar a questão mediante inclusão do seguinte preceito no art. 40: o tempo de duração da pensão por morte e das cotas por dependente até a perda dessa qualidade será estabelecido na forma prevista para o RGPS.

Ainda sobre a extensão da regulamentação sobre os dependentes, é importante salientar que a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que o já citado art. 5º da Lei nº 9.717/1998 não teve o condão de derogar categorias de beneficiários de pensão por morte do regime próprio de previdência dos servidores públicos federais, de forma a delimitá-las no mesmo rol previsto para o regime geral (BRASIL, 2015c). Nos autos de um mandado de segurança (MS 32914 AgR, julgado em 13/10/2015), discutiu-se se seria possível reconhecer no âmbito de regime próprio o direito do menor sob guarda à pensão por morte, ainda que ele não mais fosse previsto como dependente no RGPS.

Por um lado, é preciso reconhecer que o conteúdo da vedação trata da previsão de benefícios diversos do regime geral, e não sobre definição do rol de dependentes. Por outro, ressalva-se o potencial normativo para a União uniformizar em todos os níveis federativos o rol de dependentes. Nesse sentido, vale a pena registrar que a PEC nº 287 propõe a inclusão do seguinte preceito no art. 40 da CRFB: o rol de dependentes, as condições necessárias para o enquadramento e a qualificação dos dependentes serão os estabelecidos para o RGPS.

Regras sobre acumulação de benefícios (art. 40, § 6º). Conforme disposto no § 6º do art. 40, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma da CRFB, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio de previdência (BRASIL, 1988). O conteúdo da vedação é bastante limitado. Atualmente, a Lei nº 9.717/1998 não prevê regra alguma sobre o assunto. Contudo, trata-se evidentemente de matéria dependente de regulação geral. A nitidez dessa compreensão pode ser deduzida com base numa situação hipotética bastante simples. Imagine-se um servidor vinculado a dois regimes próprios de previdência (federal e estadual). Imagine-se agora que enquanto o regime federal, hipoteticamente, previa a vedação da acumulação de aposentadoria e pensão provenientes de regimes próprios, o regime próprio estadual não estabelecia qualquer restrição. Nesse contexto, vale a pena citar o dispositivo sobre acumulações previsto na PEC nº 287:

Art. 40. § 6º É vedado o recebimento conjunto, sem prejuízo de outras hipóteses previstas em lei:

I - de mais de uma aposentadoria à conta de regime de previdência de que trata este artigo, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição;

II - de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do regime de previdência de que trata este artigo, ou entre este regime e o regime geral de previdência social;

III - de pensão por morte e de aposentadoria no âmbito do regime de previdência de que trata este artigo, ou entre este regime e o regime geral de previdência social, cujo valor total supere dois salários mínimos (BRASIL, 2016d, p. 97).

Contagem recíproca de tempo de contribuição e compensação financeira inter-regimes decorrente da contagem recíproca do tempo de contribuição (art. 40, § 9º c/c art. 201, § 9º). Outra matéria que demanda tratamento uniforme por meio de normas gerais expedidas pela União é a contagem recíproca de tempo de contribuição entre o RGPS e os RPPS, prevista no art. 201, § 9º, da CRFB: “Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei” (BRASIL, 1988)¹⁴.

A regulamentação da contagem recíproca de tempo de contribuição, com absoluta clareza, demanda tratamento uniforme para todos os entes federativos e o RGPS, razão pela qual as normas gerais sobre a contagem recíproca de tempo de contribuição deverão ser veiculadas por lei da União, nos termos do art. 24, inciso XII, da CRFB. Nesse sentido, expõe Rocha (2003, p. 15):

Há uma notória dificuldade em identificar quais seriam todas as normas gerais de direito previdenciário, circunstância comum também quanto às demais normas gerais reclamadas pela nossa Constituição, salvo no que tangem ao direito tributário, pois, nesse ramo, o inciso III do art. 146 expressamente preocupa-se em exemplificar a matéria afeta, além de exigir a sua veiculação por lei complementar. Existem, no entanto, duas classes de normas cuja própria racionalidade do sistema impõe o seu reconhecimento: as que tratam do aproveitamento dos tempos de filiação dos segurados nos diversos sistemas oficiais e as que versam sobre o repasse de contribuições vertidas quando o segurado transita entre os regimes. As primeiras são retratadas pela Lei 8.213/91, nos seus arts. 94 a 99, os quais tratam da contagem recíproca de tempo de serviço, transformado em tempo de contribuição pela EC nº 20/98. Por sua vez, a compensação financeira entre os regimes é regida pela

¹⁴A contagem recíproca de tempo de contribuição entre Regimes Próprios de Previdência Social está disciplinada no art. 40, § 9º, da CRFB: “O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade” (BRASIL, 1988). O STF, no Recurso Extraordinário 162.620 (Relator Sepúlveda Pertence) (BRASIL, 1993a) entendeu que o direito à contagem recíproca de tempo de contribuição é autoaplicável, e, portanto, o seu exercício não dependia de regulamentação. A regulamentação era necessária para a compensação financeira.

Lei nº 9.796, de 05 de maio de 1999. A necessidade de observância dos parâmetros estabelecidos pelas normas gerais é evidente: estipular mecanismos de comunicação uniformes entre os diferentes regimes previdenciários a fim de que eles possam coexistir em harmonia.

Pelos mesmos motivos, as regras sobre a compensação financeira inter-regimes deverão ser dispostas por lei federal, como, aliás, já entendeu o STF no Recurso Extraordinário 162.620 (BRASIL, 1993a). A União exerceu a competência para estabelecer normas gerais sobre contagem recíproca de tempo de contribuição por meio da Lei nº 8.213/1991 (BRASIL, 1991b), nos seus arts. 94 a 99.¹⁵ Por sua vez, a compensação financeira entre os regimes de previdência social é regida pela Lei nº 9.796/1999 (BRASIL, 1999a).¹⁶

6. Conclusão

O federalismo brasileiro é cooperativo e impõe às pessoas políticas da Federação um agir solidário no sentido de alcançar os objetivos fundamentais estampados no art. 3º da CRFB. É nessa perspectiva de federalismo holístico que a repartição de competência legislativa deve ser analisada.

No âmbito da competência legislativa concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais com o objetivo de minimizar a possibilidade de conflitos normativos e de superposição de atribuições entre os entes políticos da federação. Nesse contexto, a definição do conteúdo das normas gerais a serem expedidas pela União não pode limitar-se ao seu aspecto lógico-formal, apriorístico, sendo necessário, em cada hipótese de competência legislativa concorrente, que o intérprete averigue finalisticamente o âmbito de atuação da União no exercício dessa competência.

A competência legislativa relativa aos regimes próprios de previdência social é concorrente, nos termos do art. 24, inciso XII, e art. 40 da CRFB, cabendo à União a tarefa de estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, da CRFB) (BRASIL, 1988).

A CRFB foi minudente no tratamento da previdência social funcional, razão pela qual sobreleva o papel da União no estabelecimento de normas gerais, mormente sobre: a) equilíbrio financeiro, definição de critério e controle; b) abrangência protetiva do regime próprio; c) definição de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave,

¹⁵ Assim, a Lei de Benefícios do RGPS veicula, nos arts. 94 a 99, normas gerais a serem seguidas por todos os regimes de previdência social.

¹⁶ A contagem recíproca de tempo de contribuição também é disciplinada pelos arts. 125 a 134 do Decreto nº 3.048/1999 (BRASIL, 1999b).

contagiosa ou incurável e de critérios de identificação de doença incapacitante para fins de incidência da contribuição previdenciária do inativo/pensionista sobre o dobro do teto; d) conceito de efetivo exercício no serviço público e de cargo efetivo em que se dará a aposentadoria; e) conceito de magistério; f) regime jurídico das aposentadorias especiais; g) previsão de um indexador mínimo para atualização das remunerações para cálculo dos benefícios, sem prejuízo da autonomia do ente federativo para estabelecer percentuais superiores; h) previsão de um indexador mínimo para reajuste dos benefícios previdenciários, sem prejuízo da autonomia do ente federativo para estabelecer percentuais superiores; i) regime jurídico do benefício de pensão por morte; j) regras sobre acumulação de benefícios; e k) contagem recíproca de tempo de contribuição e compensação financeira inter-regimes decorrente da contagem recíproca do tempo de contribuição.

Sobre os autores:

André Studart Leitão é doutor e mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.

E-mail: andrestudart@hotmail.com

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.

E-mail: eduardordias@hotmail.com

José Leandro Monteiro de Macêdo é mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; professor do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal.

E-mail: joselmmacedo@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

SCOPE AND CONTENT OF GENERAL RULES IN SOCIAL INSURANCE LAW

ABSTRACT: This paper aims to discuss Union's legislative competence concerning general rules in social insurance law, under article 24, number XII, and paragraph 1 of Brazil's 1988 Constitution. First, it will assess material and legislative competence related

¹⁷ Sem revisão do editor.

to social security, trying to determine how Brazilian federalism affects the content of general rules, especially when it comes to social insurance, in the light of Brazil's Supreme Court ruling on Law 9.717/1998. In the end, this paper drafts some limits for the Union's legislative power in issuing general rules regarding social insurance.

KEYWORDS: LEGISLATIVE COMPETENCE. SOCIAL INSURANCE. GENERAL RULES.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Conteúdo e alcance das normas gerais de direito previdenciário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 163-190, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p163>.

(APA)

Leitão, A. S., Dias, E. R., & Macêdo, J. L. M. de (2018). Conteúdo e alcance das normas gerais de direito previdenciário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 163-190. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p163

Referências

BERCOVICI, Gilberto. O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, ed. esp., p. 1-18, abr./maio 2008. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/253/241>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 20 set. 1990.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1991a.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 25 jul. 1991b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 162.620-8/SP. Recorrente: Roque Tamburini Júnior. Recorrido: Universidade Estadual Paulista. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 5 nov. 1993a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214049>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 dez. 1993b.

_____. Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios... *Diário Oficial da União*, 28 nov. 1998.

_____. Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios... *Diário Oficial da União*, 6 maio 1999a.

_____. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 7 maio 1999b.

_____. Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001. Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP. *Diário Oficial Eletrônico*, 12 abr. 2001a.

_____. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. *Diário Oficial Eletrônico*, 30 maio 2001b.

_____. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. *Diário Oficial Eletrônico*, 30 maio 2001c.

_____. Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 376.846-8/SC. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Antonio Salomão dos Santos. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 2 abr. 2004a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261638>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 21 jun. 2004b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tutela antecipada – referendo em ação civil ordinária n. 830-1/PR. Autor: Estado do Paraná; ParanaPrevidência. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 abr. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519981>>. Acesso em: 18 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.582/DF. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 fev. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1717465>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 33. *Diário da Justiça Eletrônico*, 24 abr. 2014a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20140423_077.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 797.926/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Limoeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 maio 2014b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5964411>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 815.499/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Ibimirim. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 set. 2014c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761478>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 808.352/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Itapissuma. Relatora: Min. Cármen Lúcia. *Diário da Justiça Eletrônico*, 7 nov. 2014d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761478>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7148968>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação civil ordinária n. 2.040/PE. Autor: Estado de Pernambuco. Réu: União. Relator: Min. Marco Aurélio. [s.n.], 2014e. Disponível em: <<https://www.google.com.br/?sa=t&srct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi4vIOi9evYAhWFIJAKHf2aDAEQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D4578055%26tipoApp%3D.pdf&usg=AOvVaw2rVJsNDj-YtbcNdc9nsU7>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 876.558/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Cedro. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 jun. 2015a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8642265>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 18 jun. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em mandado de segurança n. 32.914/DF. Agravante: União. Agravado: H. M. dos S. (assistida por Raquel Moreira dos Santos). Intimado: Tribunal de Contas da União. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14 nov. 2015c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9692917>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 898.967/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Calumbi. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 mar. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308965450&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 827.541/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Santa Maria da Boa Vista. Relator: Min. Teori Zavascki. *Diário da Justiça Eletrônico*, 25 out. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11915812>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 690.846/PE. Agravante: Fundação de Aposentadorias e Pensões do Estado de Pernambuco. Agravado: Maria Verônica de Macedo. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 nov. 2016c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11966937>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 287, de 2016. Altera os arts. 37, 40, 42, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 dez. 2016d. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020161207002160000.PDF>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até julho de 2016. Brasília: STF, 2016e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 984.480/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Goiana. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, 17 abr. 2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12733136>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 966.462/AL. Agravante: União. Agravado: Município de Maceió. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, 9 maio 2017b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12861565>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 889.294/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Iati. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário da*

Justiça Eletrônico, 15 maio 2017c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12885713>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 972.918/PE. Agravante: União. Agravado: Município de Bezerros. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 4 ago. 2017d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13286581>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 6.261/DF. Impetrante: Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito-Sinal. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 set. 2017e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13595044>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário n. 1.007.271/PE. Recorrente: União. Recorrido: Município de Passira. Relator: Min. Edson Fachin. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 nov. 2017f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027910>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, p. 245-251, jan. 1995. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296/69906>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, v. 25, n.100, p. 127-162, out./dez. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

NOGUEIRA, Narlton Gutierrez. O conceito de “normas gerais” em matéria de competência legislativa concorrente e seus efeitos na gestão e controle dos RPPS. *Revista TCE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 28-55, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.ecg.tce.rj.gov.br/documents/454798/47863016/O%20Conceito%20de%20Normas%20Gerais%20em%20Mat%20C3%A9ria%20de%20Compet%20C3%Aancia%20Legislativa%20Concorrente%20e%20seus%20Efeitos%20na%20Gest%20C3%A3o%20e%20Controle%20dos%20RPPS%20-%20201.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

PINTO, Carvalho. *Normas gerais de direito financeiro*: interpretação da letra ‘b’, inciso XV do artigo 5º da Constituição Federal, procedida a propósito dos trabalhos da III Conferência de técnicos em contabilidade pública e assuntos fazendários, a se realizar na capital federal em agosto de 1949. São Paulo: Prefeitura do Município, 1949.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROCHA, Daniel Machado da. Breves comentários sobre as normas gerais de direito previdenciário que tratam da contagem recíproca de tempo de contribuição e a sua concretização jurisprudencial. In: _____ (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistencial social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-34.

_____. *Normas gerais de direito previdenciário e a previdência do servidor público*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SERAFIN, Gabriela Pietsch. O princípio federativo e a autonomia dos entes federados. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Não paginado. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Gabriela_Serafin.html>. Acesso em: 22 jan. 2018.

VIEGAS FILHO, José. A situação dos militares na reforma da previdência. In: MORHY, Lauro (Org.). *Reforma da previdência em questão*. Brasília: UnB, 2003. p. 205-213.

Compliance jusaeronáutico

O novo instituto jurídico para inibir a violação das normas de direito aeronáutico

BRUNO RABELO COUTINHO SARAIVA

Resumo: Este trabalho faz uma breve construção histórica do *compliance*, com o objetivo de apresentar o conceito de um novo instituto, o programa de *Compliance* jusaeronáutico, e analisar aspectos da responsabilização das pessoas jurídicas que o implementem. Para alcançar esses objetivos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica na legislação nacional e internacional, em obras de autores brasileiros e estrangeiros, bem como em artigos publicados em periódicos. Conclui-se que o instituto foi satisfatoriamente conceituado e que há possibilidade de mitigação da responsabilidade das pessoas jurídicas que o implementem efetivamente. Destaca-se ainda que o tema, a ser debatido e estudado pela comunidade acadêmica, toca no acirrado debate sobre a responsabilização das pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Programa de *Compliance* jusaeronáutico. Violação às normas de Direito Aeronáutico. Responsabilidade da pessoa jurídica.

1. Introdução

Condutas perigosas e lesivas ao patrimônio e à vida são, muitas vezes, praticadas por pilotos, controladores de voo, mecânicos de aeronaves e outros profissionais do setor. Quem, com alguma vivência na aviação, nunca ouviu falar de proprietários que adquirem peças usadas para fazer a manutenção de aeronaves? O que dizer do mecânico que executa reparos usando tais peças? Esses comportamentos exemplificam condutas que violam o Direito Aeronáutico.

Uma “operação por conta e risco” – que consiste em realizar uma manobra não prevista no procedimento-padrão ou nas normas aero-

Recebido em 15/1/18
Aprovado em 27/3/18

náuticas e sem o aval do controle de tráfego - pode estar sendo executada agora, pondo em risco a vida e o patrimônio (PROFESSOR KALAZANS, c2013).

O Direito Aeronáutico é um ramo do ordenamento jurídico cuja regulamentação minuciosa segue normas e padrões internacionais. Qualquer violação a essas normas, por mais ínfima que seja, pode ceifar vidas, acarretar danos patrimoniais enormes, provocar catástrofes sem medida. Não obstante, vários acidentes ocorrem devido, essencialmente, à não observância de normas, como foi o caso do trágico acidente com o voo da Chapecoense, amplamente divulgado pela mídia. De acordo com as normas, a aeronave deveria estar abastecida com combustível suficiente não só para realizar o voo, mas também para chegar a um aeródromo alternativo, caso fosse necessário.

As normas internacionais exigem que qualquer aeronave deve viajar com combustível suficiente para chegar ao aeroporto de destino, mais 30 minutos e ainda mais 5 minutos ou 5% da distância, que é o combustível reserva. Nesse caso, lamentavelmente, a aeronave não contava com combustível suficiente (PORTAL DO HOLANDA, 2017).

Mas as normas não foram observadas: houve um vácuo entre a norma e a conduta, evidenciando que o Direito não é suficiente para a aviação lograr o nível ótimo de segurança. Surge, assim, o programa de *compliance* por meio do qual uma empresa pode prevenir e desencorajar condutas que firam o Direito Aeronáutico.

O diálogo entre o Direito Aeronáutico e o programa de *compliance* é uma questão não estudada e não resolvida, sobretudo em suas implicações para a responsabilidade da pessoa jurídica. Assim, este trabalho propõe-se a apresentar como instituto jurídico, sob a perspectiva teórica, o programa de *Compliance* jusaeronáutico, que se destina a coibir a violação de normas e práticas antijurídicas pela pessoa jurídica, por intermédio de seus prepostos e de terceiros.

Frise-se, contudo, que, nesta pesquisa, a expressão Direito Aeronáutico não se refere a todo o ordenamento jurídico aeronáutico. Aborda-se aqui apenas o conceito e a implementação do programa de *compliance* jurídico com a finalidade de assegurar o cumprimento das normas de Direito Aeronáutico. Sobre as consequências jurídicas da execução desse programa, indaga-se especificamente se ele poderia repercutir na desresponsabilização jurídica das empresas, ou seja, há de se saber se ele poderia mitigar a culpabilidade da pessoa jurídica. Em suma, define-se o instituto jurídico programa de *Compliance* jusaeronáutico, pergunta-se se é possível aplicá-lo e qual a consequência desse programa para a responsabilidade da pessoa jurídica. Cumpre esclare-

cer que não é objetivo deste trabalho adentrar no mérito específico das responsabilidades da pessoa jurídica, seja penal, civil, administrativa, ambiental, entre outras.

Os programas de *compliance* tiveram origem, como será explanado mais adiante, na circunscrição do Direito Penal, com a finalidade de combater a corrupção nas organizações empresarias. Nesse sentido, é mister definir se poderão ser aplicados a outros ramos do Direito, em especial ao Direito Aeronáutico, nos termos já delimitados.

Não há dúvida de que existe um problema a ser resolvido. Daí a importância prática da presente pesquisa. Por outro lado, faltam trabalhos acadêmicos sobre o tema. Há um vácuo teórico sobre a atividade aérea, que é complicadíssima e de difícil compreensão para os juristas. Para a ciência, um novo conceito posto em pauta - no caso, o de *Compliance* jusaeronáutico - pode ter repercussões significativas.

Conforme já mencionado, o Direito Aeronáutico é pautado internacionalmente. Isso implica que este trabalho será válido, sob a perspectiva científica e prática, não só para o Brasil, mas para todos os demais países signatários da Convenção de Chicago de 1944.

A “operação por conta e risco” (PROFESSOR KALAZANS, c2013) e o caso do acidente que vitimou os jogadores de futebol do clube de Chapecó (PORTAL DO HOLANDA, 2016) evidenciam a insuficiência do Direito em garantir, por si só, a adequação das condutas humanas às suas normas e reafirmam a necessidade de um estudo multidisciplinar do Direito Aeronáutico.

Em suma, este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de contribuir para a construção do conceito de *Compliance* jusaeronáutico e de revelar circunstâncias e problemas relacionados à sua aplicação. De caráter multidisciplinar, teórico e exploratório, adotou a pesquisa

bibliográfica como técnica e fonte, e uma abordagem qualitativa, já que a abordagem quantitativa ou mista não seria a mais adequada.

Na próxima seção do texto, constrói-se o conceito de *Compliance* jusaeronáutico, com base em uma resumida recapitulação histórica do *compliance*. Na seguinte, abordam-se os fatores que podem contribuir para a violação de normas. Na penúltima seção, faz-se uma análise da implicação do programa de *Compliance* jusaeronáutico na desresponsabilização jurídica da pessoa jurídica; na última, apresentam-se as conclusões da pesquisa com fundamento nos conceitos expostos.

2. Do criminal *compliance* ao *compliance* jusaeronáutico

O *compliance* teve origem nos Estados Unidos, em 1913, quando da criação do Banco Central Americano, com o objetivo de tornar o sistema financeiro mais seguro e flexível. Em 1929, após a quebra da bolsa de valores de Nova York, foi criada uma política mais intervencionista para o setor financeiro, a *New Deal*, com a finalidade de recuperar o sistema (BARRETO, 2014).

Nesse mesmo sentido, em 1977, os Estados Unidos promulgaram a lei federal que instituiu o *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA¹ (UNITED STATES, 1977), com a finalidade de

¹A FCPA tornou ilegal pagamentos feitos a funcionários governamentais estrangeiros para obtenção ou manutenção de negócios. Essa lei proíbe o uso de qualquer meio, direta ou indiretamente, com a finalidade de subornar funcionário estrangeiro para praticar ou deixar de praticar ato que deva fazê-lo em razão de suas funções, ou para garantir vantagem imprópria que o auxilie na manutenção ou obtenção de negócio com qualquer pessoa. As disposições da lei aplicam-se a todas as pessoas norte-americanas, a empresas estrangeiras e às pessoas que praticarem a corrupção nos Estados Unidos da América e a certos emissores de valores mobiliários (UNITED STATES, 1977).

fomentar a governança corporativa, a sustentabilidade e a ética empresarial. Essa lei criou penalidades severíssimas para empresas que se valessem da corrupção (BARRETO, 2014).

No Reino Unido, em 1º de julho de 2011, foi promulgada uma lei que criminalizou o suborno feito em qualquer parte do mundo por empresas com negócios no país, a *UK Bribery Act* (BARRETO, 2014). Essa lei do Reino Unido é uma das mais severas do mundo, pois tem extenso rol de condutas puníveis. Merece destaque que, em regra, a responsabilização dos agentes é subjetiva; contudo, caso a empresa falhe em impedir que seus agentes pratiquem suborno, obrigação legal das empresas, a responsabilização será objetiva. Essa figura típica é denominada *failure to prevent bribery*² (ALVES; PINHEIRO, 2016).

Nesse contexto internacional, surgiu o *compliance*, que busca mais rigor no controle do desenvolvimento das atividades das empresas, de modo a contribuir para que ajam em conformidade com a legislação (DALLA PORTA, 2011).

A propósito, é exatamente este o significado de *compliance*: agir em conformidade com a legislação aplicável. Estar, portanto, em *compliance* jusaeronáutico é estar em conformidade com as normas de Direito Aeronáutico. O programa de *Compliance* jusaeronáutico deve ser implementado para assegurar o cumprimento dessas normas.

Nesse ponto, cumpre notar que *compliance* não se confunde com auditoria interna. O programa de *compliance* executado pela empresa deve apontar as normas internas e externas que compõem o ordenamento normativo e disponibilizar essas normas a todos, pois a violação destas poderá acarretar punições para quem as viola (DALLA PORTA, 2011). Assim, estar em *compliance* implica disseminar, entre todos os

integrantes da organização e terceiros, o dever de cumprir as normas internas e externas às quais a organização deve submeter-se (DALLA PORTA, 2011).

Destaque-se que as normas mencionadas não se restringem apenas às tradicionalmente contempladas por programas de *compliance*, mas podem incluir as normas de Direito Aeronáutico, fundamento central do programa de *Compliance* jusaeronáutico. Para sua execução, deve-se ter em conta, entre outros aspectos, as características da empresa aérea, seu tamanho e setor de atuação. Por consistir em medida adicional para evitar violações às normas de Direito Aeronáutico e aprimorar a segurança da aviação, o programa de *Compliance* jusaeronáutico pode ser um diferencial competitivo (PÉREZ FERNÁNDEZ, 2014).

A finalidade de prevenção atribuída ao *criminal compliance* aplica-se igualmente ao programa de *Compliance* jusaeronáutico; em outras palavras, esse programa busca prevenir a violação das normas aeronáuticas, e não a punição das violações. Consideram-se os institutos preventivos mais relevantes do que os institutos punitivos ou reparatórios pós-fato, sobretudo em se tratando de Direito Aeronáutico (SAAVEDRE, 2011).

3. Fatores que influenciam a violação das normas

Diante da finalidade preventiva do programa de *Compliance* jusaeronáutico, cumpre examinar e compreender os fatores que influenciam as violações às normas de Direito Aeronáutico. Tais fatores podem ser analisados, entre outras perspectivas, sob o prisma da teoria do triângulo das fraudes e da teoria dos jogos.

Os códigos éticos estão intimamente relacionados com o fenômeno da integridade, que

² Falha na prevenção de suborno (tradução nossa).

se relaciona a conceitos como honestidade, moral e justiça. A integridade, por sua vez, pode ser considerada um conceito não moral e não ético. Íntegro é o objeto que conta com todos os seus elementos ordenados de modo a cumprir sua finalidade. “En efecto, la integridad no es un concepto moral, así como la inteligencia puede ser usada para el mal” (LÓPEZ MORENO; SÁNCHEZ RÍOS, 2012, p. 68). Assim, pode-se considerar que a integridade pode ser ética e moral, como também poderá ser antiética e imoral, como bem preceituou o autor quando a comparou com a inteligência (LÓPEZ MORENO; SÁNCHEZ RÍOS, 2012, p. 68).

Nesse sentido, pode-se pensar na máfia siciliana³ como uma organização íntegra – por isso, subsiste –, pois há um só chefe, uma só lei, um só objetivo e todas as promessas se cumprem. Da mesma forma, há empresas em que a fraude é a única forma de fazer negócios, inclusive por ordem dos proprietários; em outras, essa é uma conduta proibida. De todo modo, a fraude está associada a perdas milionárias em todos os setores (LÓPEZ MORENO; SÁNCHEZ RÍOS, 2012). Especialmente na aviação, as fraudes relacionadas ao Direito Aeronáutico podem violar direitos dos usuários, produzir insegurança de voo, ceifar vidas.

A teoria do triângulo de fraudes, criada por Donald R. Cressey e Edwin Sutherland, distingue três fatores que levam as pessoas comuns a praticar fraudes e devem ser removidos com o fito de evitar a prática: a pressão ou motivação, que se consubstancia na necessidade de fraudar para determinados fins, como para sanar problemas com dinheiro; a racionalização, processo em que o fraudador lança mão de justificativas para sua ação fraudulenta; e a oportunidade, fator relacionado às atribuições e poderes conferidos ao fraudador e aos procedimentos internos da empresa, que lhe dão abertura procedimental para praticar a fraude (SERPA, 2016).

Para cada um desses fatores, há o mecanismo de quebra correspondente. No caso da aviação, o fator pressão pode ser eliminado, por exemplo, reduzindo-se a pressão com relação ao cumprimento dos horários de chegada e saída dos voos. A racionalização pode ser eliminada com a implantação de cultura corporativa de obediência às normas e da comunicação da não admissão de procedimentos ilegais no âmbito da empresa. O fator oportunidade, talvez o mais simples de ser removido, passa pela implementação de controles internos, de revisão e aprovação

³“A *Máfia* é uma estrutura *criminosa* administrada por um grupo anônimo, inserida de forma oculta em todos os setores da sociedade e das esferas institucionais. Seus integrantes são conhecidos como *mafiosos*. Ela estende seus tentáculos por todos os círculos estatais, pelo universo capitalista, penetrando nos meandros financeiros e políticos” (SANTANA, c2006, grifos do autor).

por níveis hierárquicos diversos (SERPA, 2016). Existem, porém, outras perspectivas para estudar as fraudes.

Sem dúvida, a fraude envolve um processo de decisão. A teoria dos jogos, estudada e aplicada em diversas ciências, inclusive no Direito, busca explicar matematicamente como ocorre o processo de decisão quando dois ou mais agentes interagem (SARTINI, 2004). Em outras palavras, a teoria dos jogos estuda as escolhas de comportamentos ótimos quando o custo e o benefício de cada opção não são fixos, mas dependem, principalmente, da escolha de outros atores envolvidos na situação. Sem dúvida, essa teoria pode contribuir para a compreensão das violações (ou não violações) ao Direito Aeronáutico.

O elemento básico da teoria são os jogadores. Cada um deles tem sua estratégia que, uma vez escolhida, forma a situação ou perfil, entre todos os possíveis. Em outros termos, existe um grupo determinado – finito – de jogadores; cada jogador tem uma quantidade limitada de opções – estratégias puras. Uma vez feita sua opção, o jogador passa a ter seu perfil de estratégia pura. O conjunto de todos os perfis de estratégia pura forma o produto cartesiano, ou espaço de estratégia pura do jogo (SARTINI, 2004).

O jogo é solucionado mediante uma previsão ou prescrição sobre o possível resultado. Em termos de solução, esta poderá ser realizada com o conceito de dominância ou de equilíbrio de Nash. No primeiro caso, apenas a estratégia de um jogador irá variar, ao passo que as estratégias dos oponentes serão fixas. No segundo, os jogadores não têm incentivo para mudar a estratégia, se os outros não o fizerem. Contudo, esses são apenas dois dos conceitos-solução para os jogos, dentre outros (SARTINI, 2004).

Nesse ponto cabe um adendo: o Direito Aeronáutico, que regula toda a atividade aérea, inclusive a navegação e o transporte, é formado por Tratados Internacionais, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986) (BRASIL, 1986) e pela Legislação Complementar (FAVORITO, [2014]).

No processo de tomada da decisão de violar ou não determinada norma de Direito Aeronáutico, os agentes/jogadores têm diante de si várias opções. Feita a opção de cada um, estará estabelecido o jogo, que poderá resultar na violação às normas do Direito Aeronáutico, ou não. O programa de *Compliance* jusaeronáutico virá como mais um elemento de influência nas estratégias puras dos jogadores e nas estratégias puras do jogo em sua totalidade.

Nesse contexto, pode-se conceituar o *Compliance* jusaeronáutico como um programa jurídico, não estatal, sistemático e complexo, implementado por qualquer empresa (pessoa jurídica) que realize atividades

ligadas à aviação, para detectar e prevenir condutas ilícitas e/ou criminosas que envolvam a violação a normas de Direito Aeronáutico, promovendo, dessa forma, uma cultura, organizacional e pessoal, ética e de cumprimento das leis, das normas e dos procedimentos-padrão.

Merece destaque o fato de o programa de *Compliance* jusaeronáutico não ter o propósito de criar mais normas, mas de efetivar as normas já vigentes. Diferentemente das normas que regem o Direito Aeronáutico, o programa é privado, não estatal, e, poderá, inclusive, implicar a desresponsabilização da empresa que o mantenha efetivamente.

4. A desresponsabilização da pessoa jurídica

É oportuno esclarecer que não se trata aqui de analisar, ampla e profundamente, a responsabilidade da pessoa jurídica em todas as suas dimensões (penal, administrativa, civil, entre outras), mas apenas de esboçar as consequências do programa de *Compliance* jusaeronáutico em uma teoria geral da responsabilidade da pessoa jurídica. Naturalmente, antes de ser responsabilizada por algum fato ou ato, seu ou de seus prepostos, esse ente deve ser dotado de personalidade jurídica, sem a qual nem sequer existe para o Direito.

Dentre as teorias formuladas para definir a natureza jurídica da pessoa jurídica, destacam-se três. A teoria da ficção, que teve Savigny como principal expoente, diz que as pessoas jurídicas são apenas extensões do conceito de pessoas, criadas ficticiamente pela lei. Assim como a lei poderia extinguir uma personalidade jurídica, também poderia criá-la, mediante concessão estatal (SAVIGNY, 1888 apud LEONARDO, 2007). Por outro lado, a teoria

de Gierke confere vida às pessoas jurídicas, vontade própria e independência (HEIMAN, 1977 apud LEONARDO, 2007). Há ainda a teoria que sustenta não haver distinção entre a personalidade jurídica da pessoa física e a da pessoa jurídica, pois ambas resultam de construção jurídica (LEONARDO, 2007).

Para contrapor os argumentos que se seguem, cumpre destacar que a responsabilidade da pessoa jurídica não é consenso, pois há autores que a criticam fortemente.

Ainda que o art. 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988) afirme que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas”, alguns estudiosos, *data venia*, não reconhecem o instituto jurídico: “é mais uma falácia afirmar que a Constituição de 88, de forma autônoma, independente, soberana, resolveu constituir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, cabendo ao legislador ordinário e à doutrina formatarem esse sistema” (SILVA, 2012, p. 150). Nesse sentido, assumem como falaciosa a proposta de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica, além de contraditória e inconsistente cientificamente (SILVA, 2012). Chegam a ponto de dizer que a responsabilidade da pessoa jurídica vem do “velho Direito Penal intervencionista máximo que procura uma roupagem contemporânea, mas que, na verdade, tem como fundamento o que há de mais retrógrado que é esse Direito Penal contra o qual nós precisamos reagir” (SILVA, 2012, p. 144).

Sem adentrar o mérito dessas questões e sem abstrair os óbices, cumpre assinalar que as barreiras à responsabilização da pessoa jurídica estão sendo quebradas: “a barreira de aversão à responsabilização cede diante da ratificação do pensamento de que a conduta da

pessoa jurídica não se confunde com a conduta de seus entes individuais, ou mesmo de seus órgãos” (FERREIRA, 2014, p. [13]).

Nesse sentido, Listz (1899, p. 190) já afirmava que

o reconhecimento da responsabilidade criminal do corpo colectivo, até onde vae a sua capacidade de obrar, e a punição de tal entidade, em tanto quanto figura como, sujeito independente de bens juridicos, é não só possível, como conveniente. Esta these encontra numerosas confirmações, tanto na legislação allemã como na estrangeira [sic].

Com efeito, tem-se defendido um modelo de responsabilidade das pessoas jurídicas com base em modelos de culpabilidade empresarial (também compreendida como perspectiva construtivista de culpabilidade), entendida esta, em síntese, como a cultura de obediência ou violação ao Direito instituída pela empresa (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015). “A culpabilidade empresarial consiste no déficit de fidelidade ao Direito que se manifesta em uma cultura empresarial de não cumprimento do Direito” (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015, p. 84).

Essa posição, todavia, é criticada. Há autores que afirmam que se trata apenas de teoria antiga com uma nova roupagem. Consideram necessário “questionar, além da postura da empresa e de sua política, de onde se poderia apreender a emanção de sua vontade no sentido de evitar a infração à norma ou, ao reverso, de assumir o risco do dano” (FERREIRA, 2014, p. [16-17]).

Essa perspectiva, ressalte-se, de culpabilidade empresarial já é aplicada em um dos sistemas de responsabilidade empresarial mais modernos do mundo: o americano (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2015). Também em outros sistemas, pessoas jurídicas já são objeto de responsabilização. “El sistema Italiano, en lo que se ha denominado ‘fraude de etiquetas’, mantiene la imposición de medidas sancionadoras a la persona jurídica con la particularidad de que estas son acordadas por el Juez Penal” (PÉREZ ARIAS, 2013, p. 98). Da mesma forma, na França “se puede llegar a condenar a una persona jurídica por la comisión de un delito, aún cuando la persona física – autora real – no haya podido ser determinada y condenada” (PÉREZ ARIAS, 2013, p. 99).

Segundo Gómez-Jara Díez (2015), o *compliance* é meio hábil para determinar o índice ou a medida da culpabilidade da empresa e, consequentemente, a punibilidade da pessoa jurídica que mantiver um programa efetivo.

Parece ser inadmissível desresponsabilizar juridicamente a pessoa jurídica por manter um programa de *Compliance* jusaeronáutico. A responsabilidade virá do déficit de fidelidade da pessoa jurídica ao Direito, independentemente de existir o programa. Contudo, a existência do

programa é um forte indício de que a pessoa jurídica cumpre as normas jurídicas (PÉREZ ARIAS, 2013).

A implementação do programa de *Compliance* jusaeronáutico é um passo necessário para construção da cultura empresarial de cumprimento normativo, que, no caso concreto, irá demonstrar que a pessoa jurídica atuou em consonância com a legislação (CAZORLA GONZÁLEZ, 2011 apud PÉREZ ARIAS, 2013). Deve-se arguir que a pura e simples implementação formal de um programa de *Compliance* jusaeronáutico não é meio suficiente para desresponsabilizar as pessoas jurídicas. Contudo, um programa efetivo e eficaz, como argumenta Gómez-Jara Díez (2015), poderá mitigar o nível de responsabilização e de sanção da pessoa jurídica. Nesse sentido, algumas legislações mais modernas estão positivando a exculpabilidade de pessoas jurídicas que mantêm um efetivo programa de *compliance* (PÉREZ ARIAS, 2013).

Assim, não deverá haver obstáculos em se considerar o programa de *Compliance* jusaeronáutico parâmetro de interpretações em benefício da pessoa jurídica (GONZÁLEZ SIERRA, 2012), ou seja, como uma forma de atenuação das sanções que lhe seriam aplicadas.

5. Considerações finais

O desenvolvimento deste trabalho possibilitou a introdução do programa de *Compliance* jusaeronáutico no debate acadêmico e profissional, bem como a análise de uma das consequências da sua implementação - a possibilidade de atenuação da responsabilidade jurídica da pessoa jurídica. Destaca-se, mais uma vez, que se tratou a responsabilidade da pessoa jurídica sem adentrar o mérito de cada ramo do Direito, podendo ser este um bom tópico de pesquisa.

O *compliance*, surgido inicialmente nos Estados Unidos da América e hoje conhecido como *criminal compliance*, caracteriza-se como uma ferramenta de mais rigor no controle criminal das atividades das empresas, que as incentiva a implementar a cultura do agir em conformidade com a legislação. Tendo sido aplicado inicialmente ao Direito Penal, que é o de mais alto nível de gravidade do ordenamento jurídico, nada obsta sua aplicação aos demais ramos do Direito. Conclui-se, assim, que é possível a aplicação do *compliance* às normas aeronáuticas, devendo ser consideradas as circunstâncias da pessoa jurídica, especialmente o fato de exercer suas atividades na aviação. Vale destacar que o programa de *Compliance* jusaeronáutico é um instituto com natureza jurídica própria, que não se confunde com auditoria externa, nem com outros aparatos semelhantes.

Estabeleceu-se, conceitualmente, que o *Compliance* jusaeronáutico é um programa jurídico, não estatal, sistemático e complexo que, com base na realidade da organização, pode ser implementado por qualquer pessoa jurídica que realize atividades ligadas à aviação, com o objetivo de detectar e prevenir condutas ilícitas e/ou criminosas que envolvam a violação de normas de Direito Aeronáutico e, dessa forma, promover uma cultura, organizacional e pessoal, ética e de cumprimento das leis, das normas e dos procedimentos-padrão. É, pois, um instituto jurídico-privado cuja finalidade é garantir, preventivamente, que empregados da empresa, terceiros e a própria pessoa jurídica não pratiquem atos contrários às normas de Direito Aeronáutico, seja nacional, seja internacional, nem às normas internas da empresa. Devem ser aplicadas sanções em caso de violação.

A existência de normas não implica necessariamente sua observância. Assim, tendo como referência os fatores que interferem na tomada de decisão dos atores, segundo a teoria

dos jogos e a teoria do triângulo das fraudes, compreende-se que o programa de *Compliance* jusaeronáutico representa uma medida adicional para evitar a violação das normas. O fato de ser um programa privado evidencia a necessidade de fiscalizações estatais.

Com relação às implicações do *Compliance* jusaeronático para a responsabilidade da pessoa jurídica, observou-se que, embora ela encontre fundamento na diferenciação entre pessoa jurídica e pessoa física e esteja positivada na CRFB, há divergências quanto à natureza da pessoa jurídica e à sua responsabilização.

Não obstante as divergências, considerou-se que as empresas de aviação podem ser responsabilizadas juridicamente por violação às normas de Direito Aeronáutico. Essa responsabilidade, por seu turno, pressupõe uma gradação, que teria como base a cultura de obediência ou de violação ao Direito, implementada ou fomentada pela empresa. Tal conclusão extrai-se do modelo de culpabilidade (perspectiva construtivista de culpabilidade), aplicado em alguns países e considerado o mais adequado, pois leva em conta o grau de fidelidade organizacional da pessoa jurídica ao Direito.

Adotada essa perspectiva, um programa real e eficaz de *Compliance* jusaeronáutico poderá (e não deverá) mitigar a responsabilidade da pessoa jurídica, na medida em que gera uma cultura de obediência às normas de Direito Aeronáutico.

Sobre o autor

Bruno Rabelo Coutinho Saraiva é graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil; pós-graduando em Docência do Ensino Superior pela Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestrando em Ciências Jurídicas pela *Universidad de la Integración de las Américas*, Assunção, Paraguai.
E-mail: brunocoutinhor@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

COMPLIANCE JUSAERONAUTICAL: THE NEW LEGAL INSTITUTE TO INHIBIT THE VIOLATION OF AERONAUTICAL LAW RULES

ABSTRACT: This paper makes a brief historical construction of the compliance, with a view to presenting the concept of a new institute, i.e., the Jusaeronautical Compliance

⁴Sem revisão do editor.

Program, as well as analyzes aspects regarding the accountability of legal entities charged with implementing said program. In order to meet these objectives, a nation and international wide bibliographical research was carried out of both Brazilian and foreign works as well as in articles published in authoritative journals. As a conclusion, it can be asserted that the institute has been satisfactorily conceptualized and that there is a chance for mitigating the liability of those legal entities committed to implementing it effectively. Also worthy of note is that the issue, which is yet to be debated and studied by the academic community, touches on the heated debate on the accountability of legal entities.

KEYWORD: AIRCRAFT COMPLIANCE PROGRAM. LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY. VIOLATION OF THE NORMS OF AERONAUTICAL LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

SARAIVA, Bruno Rabelo Coutinho. *Compliance* jusaeronáutico: o novo instituto jurídico para inibir a violação das normas de direito aeronáutico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 191-203, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p191>.

(APA)

Saraiva, B. R. C. (2018). *Compliance* jusaeronáutico: o novo instituto jurídico para inibir a violação das normas de direito aeronáutico. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 191-203. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p191

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; PINHEIRO, Caroline da Rosa. Análise comparativa entre as medidas de *compliance* exigidas pela lei brasileira e pelas leis norte-americana e inglesa. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25., 2016, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 5-24. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/7np359j4/H2cU6l1e9tYyeq3l.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BARRETO, Cássio de Alencar Teles. *O criminal compliance à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. 2014. 62 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, 2014. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1831/Monografia_C%C3%A1ssio%20de%20Alencar%20Teles%20Barreto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 1986.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

DALLA PORTA, Flaviano Carvalho. *As diferenças entre auditoria interna e compliance*. 2011. 91 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/35445>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

FAVORITO, Fernanda. O direito aeronáutico e o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Jusbrasil*, [S.l.], [2014]. Disponível em: <<https://fernandafav.jusbrasil.com.br/artigos/136299417/o-direito-aeronautico-e-o-codigo-brasileiro-de-aeronautica>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

FERREIRA, Ana Gabriela. A pessoa jurídica culpável: um objeto possível. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 174, p. [1-24], dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3414/2447>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*: teoria do crime para pessoas jurídicas. Tradução de Cristina Reindolff da Mota, Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey. São Paulo: Atlas, 2015.

GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2012. 526 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, Granada, 2012. Disponível em: <<https://hera.ugr.es/tesisugr/2098800x.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa De Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 46, p. 119-149, dez. 2007. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977/10029>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1899.

LÓPEZ MORENO, Walter; SÁNCHEZ RÍOS, José A. El triángulo del fraude. *Forum Empresarial*, Puerto Rico, v. 17, n. 1, p. 65-81, mayo 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63124039003>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL. Convenção de Aviação Civil Internacional. In: BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1946. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/decretos/decreto-no-21-713-de-27-08-1946/@@display-file/arquivo_norma/convencaoChicago.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

PÉREZ ARIAS, D. Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 2013. 375 f. Tese (Doctorado en Derecho) – Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad de Murcia, Murcia, 2013. Disponível em: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/128933/Tesis_Doctoral_Jacinto_Perez_Arias.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2 abr. 2018.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Patricia. La importancia de los programas de cumplimiento – *compliance programmes* – en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia. *Información Comercial Española*, Madrid, n. 876, p. 75-90, enero/feb. 2014. Disponível em: <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876_75-90__6CF6073831B346B205EBCF8AFB2DBE5F.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

PORTAL DO HOLANDA. Revelada a causa do acidente com o avião da Chapecoense. *Portal do Holanda*, [S.l.], 1º dez. 2016. Disponível em: <<http://www.portaldoholanda.com.br/acidente/revelada-causa-do-acidente-com-o-aviao-da-chapecoense>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

PROFESSOR KALAZANS. Operação por conta e risco: uma violação jurídica. *Professor Kalazans*, [S.l.], c2013. Disponível em: <<http://www.professorkalazans.com.br/operacao-por-conta-e-risco.html>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SAAVEDRE, Giovanni A. Reflexões iniciais sobre *criminal compliance*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011.

SANTANA, Ana Lúcia. Máfia italiana. *Infoescola*, [S.l.], c2006. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociedade/mafia-italiana/>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SARTINI, Brígida Alexandre et al. *Uma introdução a teoria dos jogos*. [Salvador]: Universidade Federal da Bahia, 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SERPA, Alexandre da Cunha. *Compliance descomplicado: um guia simples e direto sobre programas de compliance*. [S.l.]: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 143-155, dez. 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista60/revista60_143.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

UNITED STATES. Foreign Corrupt Practices Act of 1977. To amend the Securities Exchange Act of 1934 to make it unlawful for an issuer of securities registered pursuant to section 12 of such Act... *Public Law 95-213*, Dec. 19, 1977. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-91/pdf/STATUTE-91-Pg1494.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

Os crimes contra a economia popular no Estado Novo na perspectiva do bem jurídico protegido

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO
VANESSA CHIARI GONÇALVES

Resumo: O artigo aborda o contexto político e econômico em que houve a criminalização das condutas contra a economia popular no período histórico do Estado Novo no Brasil. Trata da correlação entre os sistemas econômicos clássicos e os regimes políticos, a fim de analisar sua coerência, uma vez que a preocupação com a repressão aos delitos que lesavam a economia do povo surge justamente durante um regime formalmente autoritário que sofria a influência do fascismo desencadeador da Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, os decretos-lei que criminalizaram as condutas contra a economia popular são analisados na perspectiva do bem jurídico protegido. Adota-se o método dedutivo de abordagem e a revisão bibliográfica como técnica de pesquisa.

Palavras-chave: Estado Novo. Economia popular. Crimes.

1. Introdução

Uma das principais polêmicas que se travam em torno da própria conceituação dos sistemas econômicos é o dado consensual da respectiva ligação necessária a regimes políticos.

Com efeito, não existem sistemas econômicos sem que se tenham definidas as posições de mando, as condições para que alguém possa ter a respectiva vontade prevalecente e outrem tenha, necessariamente, de se lhe submeter, a qualquer título, uma vez que, como se sabe, toda ação humana voltada à satisfação de uma determinada necessidade passa, inexoravelmente, pela possibilidade de remoção dos obstácu-

Recebido em 15/2/18
Aprovado em 9/3/18

los a esta mesma satisfação. E esses obstáculos não são somente naturais; estão presentes também nas próprias relações que os seres humanos travam entre si.

Essas questões se põem tendo em vista o hábito que tem sido frequente, no Brasil, de se rotularem medidas de política econômica que se adotem, em quaisquer campos, como comprometidas com tais ou quais ideários políticos, normalmente os que não gozem da simpatia do rotulador.

Considerando que, durante o Estado Novo (1937-1945), houve a tipificação de condutas tidas como ofensivas à economia popular, submetidas, em grau de recurso, ao Tribunal de Segurança Nacional, põe-se a pergunta acerca do quanto a ideia de associar a política econômica à tutela penal poderia ser considerada uma herança da mentalidade então imperante. E, para compreender essa mentalidade então imperante, seria necessário verificar o respectivo contexto ideológico, bem como as respectivas influências.

O texto, metodologicamente, seguirá o método dedutivo, dirigindo a exposição do geral ao particular. Nesse sentido, será realizada, em primeiro lugar, uma revisita à tipologia dos sistemas econômicos, explicitando-se o porquê de se seguir, dentre as várias concepções acerca destes, a acepção weberiana, e o momento em que, para o jurista, eles vêm a se tornar relevantes. Em seguida, considerando o parentesco sempre assinalado entre o regime instalado no Brasil em 1937 e o fascismo italiano, as características da concepção político-econômica deste, com reflexos no Direito, serão estudadas, para se verificar em que medida essa concepção esteve presente na ordem jurídico-econômica do Estado Novo e, por fim, na própria conversão da “economia popular” em “bem jurídico” tutelado pelo Direito Penal.

2. Retomando a tipologia dos sistemas econômicos

Embora sejam objeto da preocupação de quantos se voltam a estudar a realidade econômica em seus inúmeros desdobramentos, os sistemas econômicos são verdadeiros “entes de razão”, “tipos ideais”, voltados a permitir a apreensão das características da realidade estudada. Por esse motivo, dificilmente se poderá sustentar a existência de cada sistema, em sua pureza, na experiência humana.

Quando se fala em “entes de razão”, tem-se presente a lição de Espinosa (2012, p. 86) que, sob tal locução, pretendia distinguir os entes cuja existência não se podia dar na natureza, mas sim no intelecto. Por outro lado, a própria noção dos “tipos ideais”, empregada por Weber e Jellinek, toca a “entes de razão” um conjunto de características comuns, coerentes entre si, que permitiriam a compreensão de uma determinada realidade social, dando-se tal compreensão, antes, pela identificação das características predominantes, e não de uma correspondência milimétrica “do intelecto à coisa” (JELLINEK, 1943, p. 31-32; WEBER, 1992, p. 17).

Não se ignora a existência de concepções dos sistemas econômicos que os veem como um dado apreensível na totalidade, apresentando-os como um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais que conformariam os modos de produção e a repartição do produto da economia de uma determinada sociedade (GRAU, 2017, p. 77-78; NUNES, 2007, p. 60; LAJUGIE, 1985, p. 7). Tais concepções, contudo, são, para os fins deste trabalho, arredadas, tendo em vista que não permitiriam responder à pergunta básica nele formulada, acerca dos pressupostos ideológicos determinantes da adoção de tais ou quais meios de assegurar a eficácia de medidas de política econômica.

Na tipologia weberiana, empregada por Fábio Nusdeo, os sistemas econômicos distinguem-se em três sistemas: da tradição, da autoridade e da autonomia. Nos sistemas da tradição, enquadrar-se-iam a economia de autoconsumo, a escravidão e o feudalismo. Nos sistemas da autoridade, por sua vez, ficariam o mercantilismo e o socialismo, ao passo que, nos sistemas da autonomia, estabelecer-se-ia o capitalismo em todas as suas modalidades: do capitalismo liberal, passando pelos mais variados graus de atuação do Estado, até o denominado “neoliberalismo”, enquanto “fundamentalismo de mercado” (NUSDEO, 2015, p. 83-84; CAMARGO, 2012, p. 163).

O tratamento dos sistemas econômicos, entretanto, somente se torna relevante para o jurista quando se procurem identificar os valores a eles referentes que passam a ser albergados nas Constituições:

Os efeitos, próximos ou remotos, da Constituição Econômica na ordem jurídica como um todo traduzem-se na legislação ordinária que se amplia e diversifica ao ponto de impressionar os juristas afeitos à tradição dos códigos bem acomodados e com pretensão napoleônica de estabilidade eterna. A atividade econômica de intensidade e variedade ilimitada gera a fértil produção legal que procura atendê-la (SOUZA, 2002, p. 103).

São essas, pois, as questões pertinentes, quando se pretendem identificar as características dos sistemas econômicos e os modos pelos quais eles vêm a ser absorvidos pelos textos constitucionais, compondo o que se denomina “Constituição Econômica”.

3. O fascismo em face da tipologia dos sistemas econômicos

Considerando o caráter consensual da ligação entre “sistema econômico” e “regime político”, cabe identificar como essa união se dará em relação ao fascismo, considerando sua aparição no Ocidente como fruto da frustração com as “promessas não cumpridas” da democracia e do medo da expansão do bolchevismo.

O fascismo, como regime político, diante da conhecida fórmula “tudo no Estado, tudo sob o Estado, nada fora do Estado” (PANUNZIO, 1931, p. 200), aparentemente corresponderia a um sistema econômico enquadrável na noção de “sistema de autoridade”. Ele é, com efeito, a própria “realização política do nacionalismo” (LABRIOLA, 1931, p. 42). A respectiva subvalorização da individualidade, contudo, não se confunde com a concepção socialista, à qual, na realidade se opõe, uma

vez que toma como noção inafastável a hierarquia entre os seres humanos. Nesse caso, a ação de cada indivíduo que tenha, diante de si, um superior hierárquico poderá ser considerada uma autodeterminação apenas e tão-somente dentro da margem que lhe for concedida pelo superior (PANUNZIO, 1931, p. 219; SILVESTRI, 2006, p. 591). Não é casual a compreensão do trabalho como a grande expressão contemporânea do princípio hierárquico no pensamento de um dos grandes juristas do franquismo (LEGAZ Y LACAMBRA, 1940a, p. 144-145).

Em geral, o fascismo, mesmo como teoria de diferenciação de hierarquia, considera “nobilitante” a atividade do indivíduo, que, movendo-se por si mesmo, vem a realizar-se completamente como “eu”, sócio de uma sociedade naturalisticamente concebida (LABRIOLA, 1931, p. 41; SOMMA, 2001, p. 645). Os agentes econômicos, aqui, são considerados verdadeiramente o suporte de uma sociedade que converge, toda, para uma unidade, e que somente pode sobreviver em se mantendo os fundamentos da hierarquia. Assim é que, no que tange à disciplina jurídica das relações agrárias, a inspiração se dava pelo princípio aristocrático da “defesa da estirpe” (MAROI, 1956, p. 267). Assim é que um sindicalismo “antiestatal e antiunitário” – consequentemente, combativo – vem a ser substituído por um sindicalismo “unitário, estatal e nacional” (PANUNZIO, 1931, p. 188; SAMUELSON, 1966, p. 516; LEGAZ Y LACAMBRA, 1940b, p. 209). Vale, a propósito, para fins de comparação, recordar que a combatividade do sindicalismo italiano ao tempo do fascismo arrefeceu mesmo no que tange ao aviltamento das remunerações nos primeiros anos do Duce (FRANCK, 1939, p. 222), ao contrário da combatividade bem demonstrada por ocasião das agitações e greves dos operários da FIAT entre outubro de 1919 e setembro de 1920 (FRÈ, 1923, p. 84-85). No contexto de um Estado social que mantenha compromissos com o regime democrático, eis como se compreende a liberdade sindical:

A liberdade sindical, ao mesmo tempo em que viabiliza ao trabalho organizar-se tendo em vista a articulação de suas reivindicações diante do capital organizado, atua, projetado em instituições (a instituição sindical), no sentido de relacionar os seus titulares com o mercado capitalista (GRAU, 2017, p. 215).

Por outro lado, os dois pilares da ordem jurídica do capitalismo – a propriedade privada e a liberdade de iniciativa econômica – permanecem presentes no fascismo, ainda que instrumentalizados (LIPARI, 2015, p. 1.117; SOMMA, 2001, p. 651). A própria autoridade do comandante da empresa aparece como o fator que aglutina os microcosmos na unidade de produção em direção única à integração no Todo

denominado Nação (BLODGETT, 1949, p. 50-51; CASANOVA, 1929, p. 565; FRANCK, 1939, p. 37) e, mesmo que haja essa unidade de direção, o capital e o trabalho aparecem como “elementos indispensáveis da empresa” (LEGAZ Y LACAMBRA, 1940b, p. 196-197). O tratamento penal das condutas que se mostravam danosas, de algum modo, ao funcionamento da economia nacional, por entendê-las como um verdadeiro malbaratamento da riqueza nacional, não deixava de partir do pressuposto de ser absolutamente necessário manter como unidades de produção preferencialmente as empresas privadas (ROCCO, 1930, p. 751; MOSSA, 1937, p. 92; SOMMA, 2001, p. 654-655).

Se, por um lado, faziam-se presentes o controle de preços e a vigilância sobre o desenvolvimento da atividade industrial pelas empresas, por outro, o protecionismo, as salvaguardas em prol dos bancos para estimular a poupança nacional, o encorajamento à concentração econômica apontam para a valorização da posição do comandante da empresa (FRANCK, 1939, p. 14). Registre-se que se considerava, à época, a autonomia da vontade individual como um valor instrumental ao desenvolvimento da vida social (FUNAIOLI, 1930, p. 151). O controle anônimo, tido como marca registrada da política econômica fascista, somente veio a ser adotado em caráter mais frequente a partir da campanha da Abissínia (FRANCK, 1939, p. 152). A própria concorrência, como meio de evitar o cerceamento da possibilidade de escolha do consumidor, como critério, inclusive, da “justiça” do preço a ser pago na compra e venda (MOSSA, 1937, p. 286; FREIRE, 1939, p. 464), vinha a ser tratada, em caráter instrumental, especialmente em países em que ingressou, na configuração do fascismo, como elemento religioso, tal qual o caso da Espanha franquista (LEGAZ Y LACAMBRA, 1940a, p. 137). Nesse sentido,

A organização corporativa garante a liberdade de iniciativa de uns nos limites em que não prejudique igual liberdade de iniciativa de outros, e, sobretudo, nos limites em que a liberdade de iniciativa individual não constitui um atentado contra o bem comum de todos [...]. Na organização corporativa, o poder econômico tem expressão legal; não precisa negociar e corromper, insinuar-se nos interstícios ou usar de meios oblíquos e clandestinos. Tendo o poder, tem a responsabilidade, e o seu poder e a sua responsabilidade encontram limite e sanção no Estado independente, autoritário e justo (CAMPOS, 1942, p. 317-318).

Assim, o sistema econômico da autonomia pode perfeitamente conviver com um regime político de características autoritárias, sem se descaracterizar como tal, a confirmar a conhecida assertiva segundo a qual não se pode confundir o determinar “o que, como e para quem

produzir” com o determinar “aquilo em que as pessoas devem crer, os pensamentos que devem esposar, as concepções estéticas que devem buscar” (SAMUELSON, 1966, p. 519).

Não restam, pois, dúvidas de que o regime político fascista, em termos da tipologia dos sistemas econômicos, estava ligado ao que doutrinariamente se qualifica como “sistema da autonomia”.

4. O ordenamento jurídico-econômico do Estado Novo e a influência do pensamento fascista

Parece intuitivo que, em sociedades marcadas por desigualdades profundas, a noção basilar do fascismo, a de hierarquia, mostre-se particularmente sedutora e tida, mesmo, como expressão da ordem natural das coisas.

A atratividade das concepções da Itália fascista foi praticamente imediata para os integrantes de elites econômicas brasileiras, marcadas por uma visão patriarcalista, em que o homem, chefe da família - “chefe da sociedade conjugal”, dizia o Código Civil de 1916 no seu artigo 233 (BRASIL, 1916) -, aparecia como a medida do Bem e do Mal (ALVES, 1935, p. 263; COELHO, 1929, p. 81; BEVILAQUA, 1976, p. 154; MONTEIRO, 1964, p. 119-120; SANTOS, 1976, p.154). Dotado, assim, de um poder incontrastável, quase que um soberano, tinha como ponto de reforço a condição de gestor dos meios de subsistência de todos os que dele dependiam, considerados, por isso mesmo, subpessoas, súditos, e não sujeitos de direito (GONÇALVES, 2014, p. 145). A ideia de um sindicalismo que não se pusesse como uma frente de combate, mas, antes, permitisse um maior controle sobre as ações reivindicativas e se apresentasse mais como um meio de colaboração com o interesse nacional maior (BLODGETT, 1949, p. 698), também, não se mostrava algo que pudesse angariar as antipatias dos integrantes dessas mesmas elites. Há, entretanto, um aspecto da política econômica de orientação fascista – que foi encampada pelo Estado Novo no Brasil, tal como pelo seu homônimo lusitano – que não poderia deixar de causar algum desconforto, que era justamente a postura ativa do Poder Público em especial no controle de preços, a fim de assegurar o poder aquisitivo das massas e manter a autossuficiência econômica nacional (SAMUELSON, 1966, p. 37; BLODGETT, 1949, p. 327; GRAU, 2017, p. 186-187).

Sobre o documento-base do Estado Novo – a Constituição de 10 de novembro de 1937 (BRASIL, 1937) –, vale a pena recordar-se-lhe a gênese:

Não contou com anteprojeto ou Comissão que dela previamente se encarregasse. Resultado de um golpe de Estado, ao que consta foi obra individual do jurista Francisco Campos, que, por sua vez, a teria decalcado de Cartas de outros países, vindo a ser apelidada de ‘polaca’ (SOUZA, 2002, p. 109).

Esse documento constitucional, por mais que tenha sido, em grande parte, um texto meramente figurativo, não deixava de dialogar com a própria tese segundo a qual dele não se poderia prescindir. Isso para que um Estado se pudesse reconhecer como tal, com base em uma mínima aparência de juridicidade de um texto fundamental, o que não deixa de ser significativo, considerando que, de 1930 a 1934, o Governo Provisório capitaneado pelo mesmo indivíduo que ocupava a Chefia do Executivo durante o Estado Novo prescindiu de Constituição.

Pode-se notar que, mesmo a ideia de funcionalização da atividade econômica ao “bem-estar geral”, não deixou de incorporar, no texto da Carta de 1937, a ênfase na iniciativa privada, a “excepcionalidade” da atuação do Estado. Em suma: elementos francamente liberais, próprios da caracterização do sistema da autonomia como reconhece um dos principais representantes do pensamento hoje dominante na cultura ju-seconômica brasileira:

A primeira frase do art. 135 teve uma finalidade contestatória da tendência socializante da época. Rebate-se a ideologia do socialismo, mostrando-se a força do indivíduo. O conteúdo ideológico de contestação é evidente, procurando evidenciar-se que nenhum movimento de socialização pode desconhecer que quem cria, quem organiza, quem inventa é o indivíduo. E, por isso, não pode ser eliminado. É óbvio que a expansão do indivíduo encontra um limite no bem público, mas a ênfase dada a este não pode eclipsar o indivíduo (FONSECA, 2017, p. 88).

A ênfase na atividade individual do empresário não impediu e, antes, fundamentou, em muito, o tratamento dos polos mais fracos como mercedores de tutela por parte do Estado, pondo determinados setores como ligados ao interesse nacional, justamente porque assim concebida:

A liberdade na organização corporativa é limitada em superfície e garantida em profundidade. Não é a liberdade do individualismo liberal. É a liberdade de iniciativa individual dentro do quadro da corporação. A corporação, que representa determinada categoria da produção, tem, igualmente, a sua liberdade, e a do indivíduo é limitada por ela. A organização corporativa é o abandono pelo Estado da intervenção arbitrária no domínio econômico, da burocratização da economia (primeiro passo avançado do comunismo), deixando à própria produção o poder de organizar-se, regular-se, limitar-se e governar-se (CAMPOS, 1942, p. 316).

Mais que a recomposição do equilíbrio por meio da compensação das fraquezas, mais que, pois, o estabelecimento de um mensurador racional como seria próprio de um Estado Democrático (GRAU, 2017, p. 194), o que se tem no Estado Novo é a posição inequívoca de “filantropia” por parte do Poder Público.

Com base nessa concepção, em que o Chefe da Nação se apresenta como um pai zeloso pelo bem-estar dos dependentes mais fracos, compreende-se não somente a multiplicação de disposições de ordem pública como também a razão de se ter cometido ao penalista Nelson Hungria a elaboração de texto de diploma destinado a tipificar condutas que se mostrassem danosas à economia popular, o que se verificou em 18 de novembro de 1938, com a edição do Decreto-Lei nº 869 (BRASIL, 1938; FREIRE, 1939, p. 463; CAMPOS, 1938, p. 588). Em grau de recurso, cabia, por força do número 17 do artigo 141 da Constituição de 1937, o exame dos processos criminais ao Tribunal de Segurança Nacional (BRASIL, 1942, p. 330), embora mereça registro que, no âmbito cível, disposições do aludido Decreto-Lei foram utilizadas como fundamento para fulminar cláusulas tidas como portadoras de encargos desproporcionais (SÃO PAULO, 1941a, p. 130-131) e também contratos que estabeleciam verdadeiras uniformizações de preços, em função de agredirem a concorrência e conduzirem à majoração arbitrária de lucros (SÃO PAULO, 1941b, p. 227-232).

Embora a tutela da economia popular, no Brasil, mesmo sob o aspecto penal, tenha permanecido nas preocupações dos poderes constituídos, a sua origem no contexto do Estado Novo merece ser ainda mais esmiuçada, sobretudo no que tange à sua compreensão na categoria dogmática de “bem jurídico”.

5. O bem jurídico economia popular no Estado Novo

Como se afirmara, o período histórico brasileiro conhecido como Estado Novo inovou no que diz respeito à proteção da economia popular como bem jurídico da maior importância. Interessa, neste momento, problematizar quais os valores inspiraram os autores dessa definição num regime de governo formalmente autoritário. Para isso, é importante realizar uma breve digressão.

As Ordenações do Reino, no livro IV, título LXVII, vigentes no País até 1830, criminalizavam a usura. Puniam-se aqueles que, sendo primários, beneficiavam-se de contratos usurários com a devolução da vantagem em dobro em favor da Coroa e com pena de degredo de dois anos para a África.¹ O Código Criminal de 1830 (IMPERIO DO BRASIL, 1858) já não previa essa hipótese de criminalização.

A questão voltou a ser tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro somente no Estado Novo, uma vez que a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934), no artigo 17, parágrafo único, proibia a usura, determinando sua punição na forma da lei. Lyra (1940, p. 158) lembra que o Decreto nº 22.626, de 1933 (BRASIL, 1933), reincorporou a figura delitiva da usura, em

¹ O título LXVII criminaliza os contratos usurários estabelecendo que “nenhuma pessoa de qualquer estado ou condição que seja, dê ou receba dinheiro, prata, ouro, ou qualquer outra quantidade pesada, medida ou contada à usura, porque possa haver, ou dar alguma vantagem, assim por via de empréstimo, como de qualquer outro contrato, de qualquer qualidade, natureza ou condição que seja, e de qualquer nome que possa ser chamado. E o que contrário fizer, e houver de receber ganho algum do dito contrato, perca todo o principal, que deu por haver o dito ganho e acrescenta, se a já tiver recebida ao tempo, que por nossa parte for demandado, e tudo em dobro para a Coroa de nossos Reinos, e mais será degradado dois anos para África, e isso pela primeira vez que for empreendido, e lhe for provado; e pela segunda vez lhe serão dobradas todas as ditas penas, assim cíveis como crimes; e pela terceira vez lhe sejam isso mesmo tresdobradas as ditas penas” (REINO DE PORTUGAL, 1870, p. 871-874).

seu artigo 13, que a definia como “toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa de juro ou a fraudar os dispositivos da lei, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento”. Cominava para a referida conduta a pena de seis meses a um ano de prisão e multa.

No entanto, Francisco Campos, ao expor os motivos da criação do Decreto-Lei nº 869/1938, refere que o até então vigente Decreto nº 22.626/1933 havia sido reduzido à letra morta, em virtude da “conspiração dos interesses inconfessáveis, cuja coesão e cujo verdadeiro poderio valeram mais do que a própria lei” (LYRA, 1940, p. 159). Explica que não vê exagero algum na repressão penal da usura porque, para ele, desumano é “o crime que incide sobre a miséria, que na avareza insaciável suga até a última gota” de suor e de sangue de suas vítimas prediletas: os necessitados (LYRA, 1940, p. 159).

Pode-se dizer, também, que até a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 869/1938, que “define crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego, nossa legislação conhecia imperfeitamente a figura da agiotagem, modalidade de especulação ilícita” (LYRA, 1940, p. 97). Objetivava-se proteger, portanto, por meio da tutela penal os bens jurídicos da economia popular e da probidade comercial e industrial. Isso porque

a lei econômica da oferta e da concorrência, que representa o balanço dos valores, não deve ficar exposta às fraudes e às insídias dos especuladores astutos. Por isso, o legislador procura criar uma atmosfera de probidade e de confiança necessária à atuação normal do desenvolvimento progressivo dos indivíduos e da função contra as ciladas dos contrafactores ou da concorrência ilícita. As disposições relativas aos crimes contra a economia popular não se limitam, simplesmente, às coalizões e às ententes entre particulares, industriais ou comerciantes. Não se restringe a proteger a lei da oferta e da procura, como na França, conduzindo o juiz por entre o tumulto das teses econômicas ou filosóficas. O Decreto-Lei nº 869 tutela a guarda e o emprego da economia popular contra os golpes, as fraudes, as manobras, quer se trate de ação isolada ou de ajuste (LYRA, 1940, p. 100).

No mesmo sentido, Nelson Hungria demonstrava que o liberalismo econômico, o qual havia sido tão festejado num período histórico anterior, encontrava-se desacreditado pela experiência dos povos. Isso porque ele havia produzido o efeito inverso do prometido, uma vez que a realidade dos monopólios eliminava a livre concorrência, levando ao abandono de lavouras, ao fechamento de fábricas, ao açambarcamento da produção para promover a carestia e, com isso, aumentar a margem de lucro às custas da alta artificial de preços. O liberalismo econômico, nas palavras do mesmo autor, abstrai que,

no livre jogo de suas competições e antagonismos, os indivíduos entram com desiguais elementos de ação, resultando daí que os mais fracos acabam sobrepujados pelos mais fortes, e como estes nem sempre são os mais dignos e honestos, senão os mais velhacos, prepotentes e egoístas, a sua supremacia é alcançada com fatal detrimento do interesse social. O regime da livre e desviada iniciativa particular favorece o enriquecimento de poucos em prejuízo da grande massa da população. A fraude, a violência e o abuso são armas preferidas e decisivas onde as atividades individuais em contraste não deparam uma força coativa de equilíbrio ou justa medida. Deixar os indivíduos ao seu puro arbítrio é implantar a lei da selva (HUNGRIA, 1939, p. 5-6).

Desse modo, os crimes contra a economia popular tipificados por meio do Decreto-Lei nº 869/38 podem ser sintetizados na ideia de que deve ser proibida toda a conduta que represente um “dano efetivo ou potencial ao patrimônio de indefinido número de pessoas”, classificando-se em: a) monopólios; b) artifícios, fraudes e abusos contra a economia popular e c) usura (pecuniária e real) (HUNGRIA, 1939, p. 16).

É importante salientar que Hungria (1939, p. 9), ao mesmo tempo em que defende o referido Decreto-Lei nº 869, ao refutar de forma contundente o liberalismo quando está afastado do prudente intervencionismo do poder público, também critica o “socialismo ditatorial”, que, em suas palavras, “institui o ferrenho capitalismo de Estado e a rígida economia planificada”. Faz-se essa ressalva porque na contemporaneidade, em que se vivenciam períodos de extremismos teóricos e das chamadas “pós-verdades”, parece terem-se perdido o bom senso e o rigor técnico que deveriam inspirar todo o jurista como inspiraram Roberto Lyra e Nelson Hungria.

Importa compreender agora se os ideais que inspiraram a criminalização dos delitos contra a economia popular no Estado Novo encontrariam justificativa na atualidade. Leciona Claus Roxin que o Direito Penal teria como finalidade assegurar a construção de uma sociedade livre, segura e pacífica por meio da proteção dos indivíduos e das instituições, responsáveis por assegurar essas condições de existência a todos. Para atender a esse propósito, deve selecionar os bens jurídicos ou as condições de existência mais importantes para serem tuteladas, por meio da previsão de sanções àqueles que venham a lesar esses bens (ROXIN, 2013, p. 16-18).

Para além da tutela de direitos individuais imprescindíveis para a vida pacífica em sociedade, tais como a vida humana, as liberdades, a integridade física e psicológica, a propriedade, haveria um caráter axiológico em todo bem jurídico merecedor da tutela penal. Nesse sentido, Silva (2003, p. 37) refere que, se “nossas ações são produto de valora-

ções que empreendemos a respeito de coisas, situações, fatos e também de pessoas” e se algum “valor for de tal relevância que mereça a tutela penal, configurará um bem jurídico-penal”. Desse modo, os valores presentes em uma dada sociedade interferem na seleção dos bens qualificados como jurídicos (ROXIN, 2004, p. 27).

Esses valores aparecem claramente na argumentação de Lyra sobre os delitos de agiotagem e constituição de monopólio. Para ele a especulação simples se diferencia da agiotagem porque, aqui, são realizadas manobras com a finalidade de provocar a alta ou a baixa dos preços. Os valores profundos protegidos pela norma aparecem quando o autor afirma que “os especuladores em geral violam a média de probabilidade e de piedade indispensável à comunhão social e, com sua imoralidade, exploram, gananciosamente, a situação dos consumidores” que são forçados a comprar por preço muito superior ao que seria adequado os produtos indispensáveis à sua sobrevivência (LYRA, 1940, p. 108).

É importante frisar novamente que os crimes contra a economia popular, previstos no Decreto-Lei nº 869/1938 eram processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional, uma vez que a Constituição de 1937, em seu artigo 141, equiparava esses delitos àqueles dirigidos contra o Estado (HUNGRIA, 1939, p. 178).

Assim, embora se possa enquadrar o sistema econômico adotado no Estado Novo como um “sistema de autonomia”, havia uma preocupação ideológica evidente com o controle de preços e de lucros no âmbito do desenvolvimento das atividades comerciais e financeiras, autorizando um forte intervencionismo estatal por meio da tutela penal, objetivando coibir, de um lado, o enriquecimento sem causa e, de outro, a exploração das massas menos favorecidas. Eis aí a posição filantrópica.

No entanto, embora o tratamento individual dos crimes contra a economia popular extrapole os objetivos deste artigo, é importante acrescentar uma menção específica ao, ainda polêmico, tratamento da usura. Entende-se por usura não apenas o “exorbitante preço do dinheiro (usura pecuniária), no contrato de mútuo, mas também o lucro desproporcionado em qualquer outro contrato (usura real), prevalecendo-se uma das partes da necessidade, inexperiência ou leviandade da outra”, na definição de Hungria (1939, p. 143). O mesmo autor, ao afirmar que a prática da usura foi proibida em diferentes momentos históricos e permitida em outros, entende que a “tolerância legal da usura foi um dos equívocos do liberalismo econômico” porque importava, “paradoxalmente, na escravidão dos devedores criada em nome da liberdade” (HUNGRIA, 1939, p. 145). Com argumentos valorativos fortes, como era de sua característica, Hungria ainda acrescenta sobre o assunto:

Parasitária e ávida, predominando entre as classes desajustadas da fortuna, a usura é como ventosa em corpo anêmico, ou vermina em organismo depauperado. Empoleirando-se na cruz carregada pelos pobres, ela se nutre das aperturas financeiras, intensificando-as, prolongando-as, refletindo-se maleficamente sobre toda a vida econômica. Reprovada pela moral, mesmo nos países em que as leis a permitem, a usura vive embocada, receiosa de ser descoberta. Vive e age como o cupim: dissimuladamente, subrepticamente. Mas, se teme a publicidade, não conhece escrúpulos na execução dos seus tortuosos processos para garantir-se contra a risco do dinheiro mutuado (HUNGRIA, 1939, p. 146-147).

Caso houvesse alguma dúvida sobre a necessidade de uma tutela especificamente penal para os delitos contra a economia popular, diante dos argumentos convincentes do autor em referência, todo o ceticismo restaria afastado. Não obstante, todo esforço para coibir os crimes contra a economia popular, tipificados no Decreto-Lei nº 869/1938 (BRASIL, 1938), e, posteriormente, por meio da Lei nº 1.521/1951 (BRASIL, 1951), que, inclusive, regulou a submissão dos crimes contra a economia popular a julgamento perante o Tribunal do Júri, a proteção efetiva do bem jurídico em questão permaneceu insuficiente.

Assim, entende-se que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos é uma “projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito” (D’ÁVILA, 2009, p. 68). Compreende-se também que o bem jurídico economia popular, seja no Estado Novo, seja no direito penal contemporâneo, revela-se suficientemente importante para autorizar a tutela penal. No entanto, a mera previsão normativa desprovida de um amparo jurisprudencial em favor dos lesados tem condão de tornar natimorta a letra da lei.

6. Considerações finais

A feição autoritária do fascismo italiano e do Estado Novo brasileiro não descaracterizou os sistemas econômicos a que se relacionavam: continuou comportando o enquadramento como “sistemas da autonomia”, tendo, antes, tomado o desenvolvimento da atividade econômica individual como instrumental à sedimentação do Todo denominado “Nação”, bem como trouxe o fortalecimento das noções de hierarquia social.

Essa ideia de sedimentação do Todo implicava, entretanto, a necessidade de se atender às necessidades das massas para que elas se sentissem, também, parte do projeto de autossuficiência nacional. Afirma-se

isso, uma vez que o Chefe da Nação se apresentava como um pai zeloso pelo bem-estar de seus filhos-súditos, o que fez multiplicar a presença de normas de ordem pública em relação aos negócios privados e elevar a “economia popular” à condição de bem jurídico-penal.

A elevação da “economia popular” à condição de “bem jurídico-penal”, contudo, permaneceu mesmo após a democratização, embora se modificasse o fundamento ideológico para tanto, a saber, a correção dos desequilíbrios presentes nas relações econômicas.

É importante ressaltar que, embora os bens jurídicos protegidos pelos tipos penais lesivos à economia popular fossem considerados importantes tanto no contexto do Estado Novo como nos períodos democráticos que o sucederam, jamais abandonaram a condição de letra morta, apesar dos esforços empreendidos no âmbito legislativo. Parece que a jurisprudência dos Tribunais se encarregou de afastar a efetividade desses bens jurídicos.

Sobre os autores

Ricardo Antônio Lucas Camargo é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor adjunto de Direito Econômico e Economia Política do programa de pós-graduação em Direito e do departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.
E-mail: ricardocamargo3@hotmail.com

Vanessa Chiari Gonçalves é doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professora adjunta de Direito Penal e Criminologia do programa de pós-graduação em Direito e do Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.
E-mail: vanessachiarigoncalves@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²

CRIMES AGAINST THE POPULAR ECONOMY IN THE ESTADO NOVO IN THE PERSPECTIVE OF THE LEGAL INTEREST PROTECTED

ABSTRACT: The article deals with the political and economic context in which the criminal conduct against the popular economy in the historical period of Estado Novo in Brazil was criminalized. It deals with the correlation between the classical economic

²Sem revisão do editor.

systems and the political regimes in order to analyze their coherence, since the concern with the repression to the crimes that hurt the economy of the town arises exactly during a formally authoritarian regime that underwent the influence of the triggering fascism of World War II. In this context, the decree-laws that criminalized conduct against the popular economy are analyzed in the perspective of the legal interest protected. The deductive method of approach is adopted and the bibliographic review as a research technique.

KEYWORDS: ESTADO NOVO. POPULAR ECONOMY. CRIMES.

Como citar este artigo

(ABNT)

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas; GONÇALVES, Vanessa Chiari. Os crimes contra a economia popular no Estado Novo na perspectiva do bem jurídico protegido. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 205-220, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p205>.

(APA)

Camargo, R. A. L., & Gonçalves, V. C. (2018). Os crimes contra a economia popular no Estado Novo na perspectiva do bem jurídico protegido. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 205-220. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p205

Referências

ALVES, João Luiz. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1935. v. 1.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BLODGETT, Ralph T. *Comparative economic systems*. New York: MacMillan, 1949.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 jan. 1916.

_____. Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 abr. 1933.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. *Diário Oficial da União*, 16 jul. 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. *Diário Oficial da União*, 10 nov. 1937.

_____. Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 1938.

_____. Tribunal de Segurança Nacional. Apelação “ex officio” 1.067. Relator: Juiz Percival Braga. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 330, set. 1942.

_____. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 1951.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Economia política para o curso de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

CAMPOS, Francisco. A lei de proteção à economia popular: entrevista do Ministro da Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 76, p. 588-591, out./dez. 1938.

_____. O Estado nacional e suas diretrizes. In: _____. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 289-322.

CASANOVA, Mario. Sistema e fonti del diritto del lavoro. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, v. 27, p. 562-588, 1929. (Parte prima).

COELHO, A. Ferreira. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comparado com o direito estrangeiro, os projectos anteriores não aceitos e o direito brasileiro anterior à promulgação do Código...* Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Alba, 1929. v. 17.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. *Breve tratado de Deus, do homem e de seu bem-estar*. Tradução de Emanuel Angelo da Rocha Frago e Luís César Guimarães Oliva. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANCK, Louis R. *Les étapes de l'économie fasciste italienne*. Paris: La Librairie Sociale et Économique, 1939.

FRÈ, Giancarlo. Forza maggiore, sciopero e insurrezione. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, v. 21, p. 84-103, 1923. (Parte seconda).

FREIRE, Aníbal. Crime contra a economia popular – contratos de comissão mercantil contrários à lei de proteção da economia popular – concorrência ilícita – a lei a reprime tutelando o interesse nacional... *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 77, p. 463-464, jan./mar. 1939.

FUNAIOLI, G. B. La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, v. 28, p. 135-153, 1930. (Parte prima).

GONÇALVES, Vanessa Chiari. *Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1939.

IMPERIO DO BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. Recife: Typographia Universal, 1858. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/221763>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Tradução de Fernando de los Rios Urruti. Buenos Aires: Albatros, 1943.

LABRIOLA, Teresa. Aristocrazia e democrazia nella concezione fascista dello Stato. In: Kelsen, Hans et al. *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1931. v. 2, p. 31-43.

LAJUGIE, Joseph. *Os sistemas econômicos*. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: DIFEL, 1985.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Influencia del espíritu religioso en la formación de los conceptos jurídicos y la estructura económica. In: _____. *Estudios de doctrina jurídica y social*. Barcelona: Bosch, 1940a. p. 7-155.

- _____. Pensamiento económico y social del nacionalsindicalismo. In: _____. *Estudios de doctrina jurídica y social*. Barcelona: Bosch, 1940b. p. 157-236.
- LIPARI, Nicolò. I civilisti e la certezza del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 69, n. 4, p. 1.115-1.143, dic. 2015.
- LYRA, Roberto. *Crimes contra a economia popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940.
- MAROI, Fulvio. Difesa della stirpe e diritto rurale. In: _____. *Scritti giuridici*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1956. v. 2, p. 263-268.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 2.
- MOSSA, Lorenzo. *Diritto commerciale*. Milano: Società Editrice Libreria, 1937. t. 1.
- NUNES, Antonio José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PANUNZIO, Sergio. La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato. In: KELSEN, Hans et al. *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1931. v. 2, p. 179-227.
- REINO DE PORTUGAL. *Código Philippino, ou, ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. v. 4. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/22786>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- ROCCO, Alfredo. Disposizioni penali in materia di società commerciali – II – Relazione del Ministro Rocco al Re. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, v. 28, p. 750-754, 1930. (Parte prima).
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 2004.
- _____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SAMUELSON, Paul Anthony. *Introdução à análise econômica*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento e Silva. Rio de Janeiro: Agir, 1966. v. 2.
- SANTOS, João Manoel Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 4.
- SÃO PAULO. Tribunal de Apelação. Agravo de petição 9.013. Relator: Des. Theodomiro Dias. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 30, n. 131, p. 130-131, maio 1941a.
- _____. Tribunal de Apelação. Apelação cível 11.956. Relator: Des. Mário Guimarães. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 30, n. 132, p. 227-232, jun. 1941b.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVESTRI, Gaetano. La nascita della Costituzione italiana ed i suoi valori fondamentali. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, v. 56, n. 3, p. 585-596, giugno/sett. 2006.
- SOMMA, Alessandro. Fascismo e diritto: una ricerca sul nulla?. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, n. 3, p. 597-663, sett. 2001.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Tradução de Salvador M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

Limited liability company – LLC

Some major differences between Brazil and the US legislation

LEONARDO PARENTONI

Abstract: This article draws a parallel between limited liability company – LLC in Brazil and the US –, from a regulatory perspective, based just on a study of compared legislation: the Civil Code, in Brazil, and the Revised Uniform Limited Liability Company Act – RULLCA, in the US. The scope is to highlight some major differences between these legal systems when dealing with the same issue. In the end, I expect that this study helps to identify pros and cons of the uniform regulatory framework of LLCs in both countries, which could be useful when reevaluating or amending their laws.

Keywords: Limited liability company. LLC. Compared legislation.

1. Purpose of the article and method

The purpose of this article is to draw a parallel between limited liability company – LLC in Brazil (called *sociedade limitada*) and the US, from a regulatory perspective, highlighting some major differences in the way uniform laws in these countries deals with the same issue. As stated, the article focuses on LLC, not addressing corporations or any other form of unincorporated business.

This section explains the method that guided the research and the scope of the article. Section 2 explains what an LLC is and some fundamental differences between Brazil and the US legal systems. Section 3 brings a brief history of the introduction and development of LLC legislation in both countries. Section 4 is the core of the article and analyses the differences between these legislations regarding the LLC: a) formation; b) management and control; c) financial rights and

Recebido em 15/1/18
Aprovado em 2/2/18

obligations; d) transferability of ownership units; e) dissociation and dissolution. The article concludes that although Brazil has a longer tradition with LLCs, the US made tremendous improvements in the last decades, even ahead of Brazilian legislation in some very important issues. Nowadays, the LLC is one of the most important types of business form in both countries and tends to remain so.

In a very near future (most precisely in January 10, 2019), Brazil will celebrate the *centennial anniversary* of adoption of the LLC business form. Moreover, 2017 marks the *20 year anniversary* of the watershed event that fostered the growth and massive adoption of LLCs in the US, called the *check-the-box* tax reform of 1997. Therefore, it is a special moment for a comparative study that can be useful to both of them, when reevaluating their regulatory framework about LLCs. According to this scope, the article was careful to contextualize the various issues in a way they make sense not just for readers already familiar with Brazilian and the US legal systems, but for anyone interested in the subject, in other jurisdictions. The intention is to render the study useful to a broader public.

Following a methodological criterion, along the text the pattern is to first mention Brazilian laws and then move to the US, drawing a parallel. Always mentioning the name of Brazilian institutions in quotes and in italics. That is because Brazil enacted the LLC form many decades before the US. For the same reason, the growth and development of this business form happened first in Brazil. Therefore, the article follows the chronological order of facts. That does *not* mean, of course, that one legal system is “better” or “more efficient” than the other. Each of them have its advantages and flaws. That was just a methodological choice to ensure coherence and uniformity along the text.

Accordingly, the scope of the article is *not* to evaluate which provision works best in a legal or in an economic perspective. The intent is just to highlight some major differences in the way both countries deal with the same issue.

Another criterion is to address the various issues based just on the uniform legislation of these countries about LLCs. In Brazil, it is the Civil Code (BRASIL, 2002). The US have two uniform laws about LLCs: the Uniform Limited Liability Company Act – ULLCA (from 1996) (UNITED STATES, 1996) and the Revised Uniform Limited Liability Company Act – RULLCA (from 2006, last amended in 2013) (UNITED STATES, 2013). This article focuses on the most recent of them, RULLCA. According to this option, court decisions, case law and the various state statutes are not mentioned. The reason is that in Brazil a single body of laws has been governing the LLC in the entire

country for almost a century. In the US, on the other hand, this type of unincorporated business is more recent in history. Therefore, differently from other traditional types of business forms, such as the partnerships or corporations, there is still no uniformity across the laws that govern it in state level. The same about courts decisions. In this context, base the study on one specific statute or state court would make the article especially suited for that jurisdiction, but less interesting (or even useless) in many others¹. The focus on RULLCA bypasses this problem, because it is intended to be the national model for harmonizing² the various legislations in state level. This way, it provides a better parameter for comparison with Brazilian ones, because both of them look at the national level.

In fact, until 2016 only 19 of the 50 states in the US had adopted ULLCA or RULLCA³. However, this tends to change in the future, while the LLC remains growing and spreading across the country as one of the most important types of business form⁴. The same happened in the past, with the uniform laws regarding partnerships (now adopted in every state, except Louisiana) and many other types of business entities.

In a second phase, it was necessary to narrow down even more the scope of this article. In fact, Brazilian Civil Code and RULLCA are very extensive and complex, with hundreds of provisions in each one. It is not recommended (or even possible) to address all of these provisions in a single article. Therefore, the author decided to focus only on some major issues, highlighting the regulatory differences pertaining them between Brazil and the US.

2. Fundamental differences between Brazil and the US legal systems

It would not be correct to present a comparative research without first pointing out the fundamental differences between the target

¹“Each state by constitution and statute has established its own system, and the lack of uniformity from state to state makes it impossible to give a detailed description to fit all states” (FARNSWORTH, 2010, p. 44).

²Of course, harmonization does *not* mean identical rules. Just rules that are *compatible*, even if they have different texts and meanings. See Hansmann and Kraakman (2000), and Gilson (2000).

³Highlighting some flaws of RULLCA original text, see Ribstein (2008).

⁴For a better understanding of how difficult is to develop a comparative study about LLCs in state level and how important it is to observe the uniform laws, see Goforth(2016). Suggesting the immediate adoption of uniform LLC laws in New York: “The New York legislature should either amend the statute to clarify the numerous uncertainties or simply adopt the Revised Uniform Limited Liability Company Act, which represents a more careful study of the issues that arise in the LLC context” (MILLER, 2015, p. 409).

legal systems. These differences go back to the distinct types of federation adopted in each country. As an author once noted: “it is impossible to understand the legal system of the United States without understanding its structure of government” (BURNHAM, 2006). In fact, this applies to every country.

In Brazil, power and richness are extremely concentrated in the federal level (the Union) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008)⁵. The Federal Constitution clearly states that only the Union can enact laws concerning corporate and unincorporated businesses (BRASIL, 1988)⁶. Therefore, Brazil has a single uniform act (The Civil Code) governing LLCs in the entire country⁷. In this subject, no state member derogations are allowed⁸. Consequently, every legal entity can operate in the entire country, without need to qualify for carrying on business outside the primary state of incorporation. Complimentary qualification is required only from legal entities incorporated outside the country (called *sociedade estrangeira*)⁹.

In the United States, on the other hand, the federation concedes much more power to state members (UNITED STATES, 2007)¹⁰. Therefore, each state can govern the functioning of business entities in the

limits of its territory. Each state has its own statute dealing with LLCs¹¹. According to this premise, to carry on business in a regular basis, outside the state of primary registration, it is necessary to qualify for it. The process of qualification consists in filling out a document with the respective authority¹² in each state the LLC wants to operate. Different from what happens in Brazil, foreign firms in the US are not only those incorporated outside the country, but also those incorporated inside the US, in another state member.

Maybe the most radical deviation among these countries is the fact that Brazilian laws create an artificial distinction between *sociedade empresária* and, by exclusion, the rest of the businesses, called *sociedade simples* (which means just “simple”, in English) (BRASIL, 2002)¹³. The difference is artificial because both are profit seeking economic activities (*atividade econômica*). The practical differences are the proper place to register and reorganization and liquidation procedures, which follow different rules. To almost anything else, they operate in the same way. Tax treatment is also usually the same. The distinction is so artificial that both *sociedade empresária* and *sociedade simples* can use exactly the same LLC form (BRASIL, 2002)¹⁴. In fact, except for some regulated professions,

⁵ It is not surprising, for example, that many states are almost bankrupt, because they cannot pay their debts to the Union. In December 2016, the Congress enacted a law providing the states with better conditions to pay their debts (“*renegociação das dívidas com a União*”).

⁶ Article 22, I.

⁷ Brazil have 26 state members plus a Federal District, called Brasília.

⁸ For pros and cons of this option, see Parentoni and Gontijo (2016).

⁹ Yet there are some exceptions, such as legal entities incorporated in countries member of the MERCOSUR, because some MERCOSUR founding treaties provide them a different (and less complex) system concerning qualification to carry on business in these countries.

¹⁰ Article I, Section 8.

¹¹ However, notice that federal laws play an important role in the system. Especially during economic crisis and scandals, such as the Enron case. For example, only federal law regulates securities, bankruptcy and other subjects. “United States has two parallel, at times interacting, systems of corporate law. One is state-made and one – incomplete but powerful – is federal” (ROE, 2009, p. 3).

¹² This authority is usually the Secretary of State.

¹³ Article 966. To a detailed view of this distinction and its criteria, see Parentoni (2006). The roots of this distinction come from the Italian Civil Code of 1942. For this subject in Italian Law, see Angelici and Ferri (2006), and Auletta and Salanitro (2003).

¹⁴ Article 983.

such as lawyers, all other profit seeking business uses the LLC form as if they were an *sociedade empresária*. Because of this distinction, all legal entities in Brazil must have a fixed purpose and all changes in that purpose must be immediately reported to the public register. In the United States, there is no such distinction. Consequently, an LLC may be organized for “any lawful purpose”.

To finish this brief introduction, it is worth mentioning that in Brazil all kinds of business associations must be profit seeking. The Civil Code definition of business associations provides that by using the expression *atividade econômica* (BRASIL, 2002)¹⁵. For nonprofit purposes, the options are other types of association, such as general associations (*associações*) (BRASIL, 2002)¹⁶ or foundations (*fundações*) (BRASIL, 2002)¹⁷.

Whereas in the US both incorporated and unincorporated businesses can be profit or nonprofit (UNITED STATES, 2006)¹⁸. In fact, the same business can merge both purposes, as in the *Low Profit LLC* or L3C (BREWER, 2013)¹⁹. The structure and general rules applicable to an L3C are almost the same as in a regular LLC. L3C legislation is usually just an amendment on LLC statutes to include a few specific provisions. The main difference is that an L3C must prioritize socially beneficial goals. Of course, profits are welcome, but they are a second goal, instead of the main reason for creating the legal entity. This type of business works as an intermediary to raise funds for social causes. These funds should come mostly from private foundations, by means of Program Related Investments – PRI. PRI are religious, educational or charitable investments made by foundations that qualify for tax exemption.

The problem is that it is not so clear when an L3C would qualify to receive PRI. This uncertainty is compromising the model, leading to an underutilization of L3Cs (BREWER, 2013). This is a very controversial issue. Some authors affirm that the L3C is “unnecessary and unwise” (KLEINBERGER, 2010), while others highlight just the opposite: its importance and need for improvements (WALKER, 2012). Some authors go a step further and suggest that the Internal Revenue Service – IRS (the tax agency that corresponds, in Brazil, to *Receita Federal*) recognizes the nonprofit LLC as an independent entity, with proper tax treatment (SMITH, 2015).

¹⁵ Article 981.

¹⁶ Article 53.

¹⁷ Article 62.

¹⁸ Section 108 (b).

¹⁹ For a historical evolution of this subject, see Wilson (2015).

3. A brief history of LLC's legislation in Brazil and the US

An LLC is a business form that provides both vicarious limited liability to all the partners (regardless if they participate in management and control) and more contractual flexibility than in a corporation, with favorable tax treatment²⁰. Legal literature says that it is a “creature of contract” instead of a statutory creation (RIBSTEIN; KEATINGE, 2016). In sum:

The limited liability company (“LLC”) is a noncorporate business structure that provides its owners, known as ‘members’, with a number of benefits: (1) limited liability for the obligations of the venture, even if a member participates in the control of the business; (2) pass-through tax treatment; and (3) tremendous freedom to contractually arrange the internal operations of the venture (HAMILTON; MACEY; MOLL, 2014).

Its core characteristics are almost the same in Brazil, the US and worldwide. Of course, some topics are controversial, such as the limits of the contractual flexibility, especially when used to waive fiduciary duties, as usual in Delaware²¹. Nevertheless, emphasizing these controversies is not the intent of this article.

Indeed, Germany was the first country to design an LLC, in April 20, 1892 (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). The German government planned to create a business form that would combine the typical limited liability of a corporation with contractual flexibility, such as in a partnership. Studies conducted at that time have shown that this structure would foster the development of small and medium sized business. The second country to adopt it was Portugal, in April 11, 1901 (*Sociedade por Quotas, de Responsabilidade Limitada*). Then it started to spread all around the world, always maintaining these fundamental characteristics²².

After its independence from Portugal, Brazil enacted the Commercial Code of 1850, strongly influenced by the French Commercial Code of 1807. The Brazilian Commercial Code dealt mainly with corporations and sole proprietorships, because these were the most common business structures at that time. There was no provision about LLC

²⁰ Articles 1.052 and 1.060 (BRASIL, 2002). And Section 304 (a) (UNITED STATES, 2006).

²¹ “there is a growing sense that contractual freedom should be curtailed, at least in diversely-held Delaware alternative entities, and that predictable constraints on contractual freedom are difficult to achieve under a purely contractual model” (MILLER; ANTONUCCI, 2016). See also Horton (2016).

²² For a brief history of LLC development around the world, see Lobo (2004).

in it (FERREIRA, 1960). The Federal Decree number 3.708 introduced the LLC some decades later, in January 10, 1919 (*sociedades por quotas, de responsabilidade limitada*) (BRASIL, 1919). This decree was one of the long-standing pieces of Brazilian Corporate Law. It lasted for more than eight decades, until 2003, without any amendments. Its core characteristics were conciseness (only 19 articles), simplicity (very clear provisions) and flexibility (prevailing freedom of contract). Legal literature and courts decisions gradually filled the gaps (BORGES, 1959). In this context, the LLC has become the most common type of business structure in Brazil.

Nevertheless, this scenario changed radically in 2003, when came into effect the Brazilian Civil Code enacted in January 10, 2002 (with a *vacatio legis* of one year). This body of laws imposed a different model for the LLCs, with mandatory rules restricting freedom of contract, demanding complex management structure and confusing provisions about voting quorums and other aspects. As expected, the legal literature heavily criticized the changes (PARENTONI; MIRANDA, 2016; DINIZ, 2012). Despite these flaws, the Brazilian Civil Code did not compromise the LLC. It still is one of the most important business structures in the country.

In sum, Brazil has had only two federal acts governing LLCs in almost a hundred years: The Decree n. 3.708 from 1919 and the Civil Code of 2002. With the differences already stressed.

It is also worth mentioning that there are two drafts for a new Brazilian Commercial Code, running in parallel, since 2013. Any of them, if enacted, will deal with LLCs, repealing this part of the Civil Code. One is in the Senate (*Senado*) while the other is in the Chamber of Deputies (*Câmara dos Deputados*) (BRASIL, 2011, 2013). It is *not* probable that they will be

enacted in a near future, unless the political scenario of the country changes dramatically.

In the United States, on the other hand, for many decades there were just corporations, on one side, and the general partnerships (usually quoted as partnerships) on the other (KEATINGE et al., 1992). The former is known as *incorporated business* while the last is the *unincorporated business*. Between them, there is just the limited partnership, much less used. Beginning in the 90s, however, new types of unincorporated business were created: the limited liability partnerships – LLP, the limited liability limited partnerships – LLLP and the limited liability company – LLC. All of them unincorporated²³. The most successful seems to be the LLC²⁴.

Market lobby played a primordial role for the introduction of this business form in the US. Since the 60s, some America's large corporations controlled companies in many other countries, using the LLC structure. However, they could not do the same in domestic market, because the LLC did not exist in the US. Hamilton Brothers Oil was one of these controlling companies. It then decided to persuade state legislators to enact a similar business form inside the US. The first attempt took place in Alaska, in 1976. Surprisingly, it failed (HAMILL, 1998). In the second attempt, Hamilton Brothers Oil targeted at Wyoming. It was a success and the bill enacted on March 04, 1977, exactly as proposed by the company²⁵.

²³Ribstein (2010) called that "The Rise of the Uncorporation". See also Hansmann, Kraakman and Squire (2005).

²⁴Nowadays, some authors suggest a rationalization of the system, with the extinction of less used business forms. For example, see Franklin (2016).

²⁵"Nothing, not even a comma, in the proposed LLC legislation drafted by Hamilton Brothers was changed by the Wyoming Legislature. Promptly signed by Governor Herschler, the act became effective June 30, 1977" (BAGLEY; WHYNOTT, 1994).

After that, the critical question became tax-related. In the US, when receiving profits the shareholders pay taxes on both the corporate and their individual levels (*double-taxation*)²⁶. Differently, partners in a partnership pay federal taxes for their profits only at the individual level (*pass-through*). In the vast majority of cases, partnership taxation is more favorable to business owners. Initially, the Internal Revenue Service applied a case-by-case test to define how the LLC should pay. The uncertainty of this method blocked the development of the new business form²⁷. This situation lasted until 1988, when the IRS solved the problem, by ruling that the LLC would have, by default, the tax treatment of a partnership, unless it opted to be taxed as a corporation, by checking the appropriate box in the form (*check-the-box* – Revenue Ruling n. 76/1988). With the tax issue resolved, many states enacted its LLC statutes and the new legal entity took off.

To avoid problems related to statutory diversity, the American Bar Association's Subcommittee on Limited Liability Companies drafted a Prototype of LLC Uniform Law, published in November, 1992. However, states were already in a rush to provide this new business form and many of them enacted its statutes before the prototype²⁸. Consequently, the first generation of these statutes was much diverse in its provisions.

Again, the Uniform Law Commission stepped in to promulgate the first LLC uniform law, known as ULLCA, in 1996. The problem is that just a few states amended their laws according to ULLCA. In another attempt to ensure uniformity among state laws, the Uniform Law Commission promulgated the Revised Uniform Limited Liability Company Act – RULLCA, in 2006, last amended in 2013. The same result: even less states adopted RULLCA. In part because some leading authors pointed out several problems and contradictions on it²⁹.

Because of this historical process, the LLC is still the business form with less uniformity in the country. That does not mean that it is not important. It sure is. So much that all states have LLC statutes nowadays³⁰. In fact, it is one of the most (if not *the* most) popular type of business form both in Brazil and the US, according to some statistics. In Brazil, *sociedade limitada* represents approximately 72% of the total

²⁶Of course, there are exceptions, such as the “S corporation”. Nevertheless, these exceptions come with extra restrictions.

²⁷Brazil did not experience similar questions, because LLCs and corporations have almost the same tax treatment.

²⁸Suggesting the fast adoption of the LLC business form by the States (RIBSTEIN, 1998).

²⁹For example, see Ribstein (2008).

³⁰Hawaii was the last one to enact, in 1997. Available at: <<http://www.limitedliabilitycompanycenter.com/>>. Access: 5 Feb. 2018.

registered legal entities³¹. It encompasses large companies (such as holdings), as much as medium and small business, including startups, in almost any market, regulated or not. In the US, LLCs already represent more than one third of all active firms (GOMTSIAN, 2015) and they are the dominant form for small business (KLEIN; COFFEE; PARTNOY JUNIOR, 2010). That is a remarkable number, considering that the LLC is one of the most recent types of business structure in the country. As in Brazil, it spreads for many markets and firms of different sizes. The impact of LLCs in the US economy is so strong that the magazine *The Economist* coined a new term for it: *distorporation* (GOMTSIAN, 2015).

Despite the similarities, there are also major regulatory differences between these countries. The next sections will highlight some of them.

4. Some major differences between Brazil and the US legislation regarding LLC

As stated in the section “Purpose of the article and method”, the intent of this research is not to cover *all* the differences between uniform legislation about LLC in Brazil and the US. Instead, the proposed method is to address just *some* major issues, concerning *five key aspects* of this legal entity: a) formation; b) management and control; c) financial rights and obligations; d) transferability of ownership units; e) dissociation and dissolution. The scope is to provide readers with a comparative overview of these systems.

4.1. Formation

Brazil demands that the founders of an LLC file a document with the proper registry³² *before* the legal entity starts its operation (BRASIL, 2002)³³. The same happens in the US (UNITED STATES, 2006)³⁴. However, from here on there are major differences.

In Brazil, for instance, *much of the clauses* that regulate the LLC must be *publicly registered* in a document called *contrato social*. Because of that, the contract *must be in written form*. The Civil Code imposes a long list of mandatory clauses, such as the ones dealing with (BRASIL,

³¹ Available at: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/372/Censo-das-Empresas-Brasileiras-2012>>. Access: 5 Feb. 2018. Data from 2012. Data that is more recent was not found.

³² Called *Junta Comercial* for the *Sociedade Empresária* and *Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas* for the *Sociedade Simples*.

³³ Article 967.

³⁴ Sections 110 (a) and 201 (d).

2002)³⁵: number and identification of owners; name, purpose and headquarters of the legal entity; owners capital contributions; their participation in profits and losses; other rights and duties of the owners; how to proceed in case of dissociation or dissolution; etc. Moreover, the owners can insert in this document any other lawful provisions. As one can see, Brazilian laws impose a maximum level of disclosure for contractual provisions regarding an LLC. Anyone interested can have a copy of this document from the public office.

For non-mandatory clauses, it is possible to contract non-registered complementary provisions that will bind one or more of the owners, similar to a shareholder's agreement. This is called *Acordo de Cotistas* (BULGARELLI, 1995). Because there are many mandatory clauses, however, the extent of this agreement is restricted.

The US adopts a completely different system. Only a *minimum* number of clauses must be publicly registered. All the rest is subject to freedom of contract and privately defined by the owners. Therefore, there are two separate documents governing the LLC inside the US. The first one contains the mandatory clauses and must be filed with the Secretary of State. It is the *Certificate of Organization* or *Articles of Organization* (UNITED STATES, 2006)³⁶. This document is skeletal and contains only *minimum information* about the legal entity, such as the name of the LLC, its founders (registered agents) and their addresses. The second document, which really governs the LLC, is the *Operating Agreement* (UNITED STATES, 2006)³⁷. It is a contract privately

defined by the owners and non-registered. It *can be written, oral or even implied* (UNITED STATES, 2006)³⁸. More often than not courts judge cases based on it.

Another major difference between Brazil and the US uniform legislation is about contribution with services to form an LLC. In Brazil, legislators *never allowed* this kind of contribution. The Federal Decree 3.708 from 1919 forbidden it and the Civil Code of 2002 has a similar provision (BRASIL, 2002)³⁹. Therefore, members must contribute to an LLC capital account by any other means, such as transferring rights, goods, real estate, etc. On the other hand, the US admits any kind of contribution, *including just services* (UNITED STATES, 2006)⁴⁰.

As for the minimum number of members required to form an LLC, Brazil demands at least *two of them*⁴¹. In other words, Brazil forbids a single-member LLC. The alternative for sole investors is another type of legal entity, very controversial⁴², called *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI*. However, EIRELI has more rigorous requirements than an LLC. For example, as a rule there is no minimum capital contribution imposed by law to form an LLC. In an EIRELI, differently, a minimum capital contribution is required, of about US\$ 28,000.00 in 2017

³⁸Section 102 (13). Oral agreements are problematic, especially when admitting new members. The best option for the owners usually is to draft a written document and have it signed by all of them.

³⁹Article 1.055, § 2º.

⁴⁰Section 402.

⁴¹Note that the articles 1.055 and 1.059 of the Civil Code refers to the owners, in plural, which means two or more of them, while the article 1.033, IV tolerates the LLC with a single owner as an exception, for the maximum period of 180 days. After that, the remaining owner must admit a new one, dissolve the LLC or transform it into an EIRELI.

⁴²Questioning the efficiency of an EIRELI, see Rodrigues, Ferrer and Simões (2016).

³⁵Article 997.

³⁶Sections 102 (1) and 201 (b).

³⁷Sections 105 to 107. Discussing if the Operation Agreement is in fact a contract and its binding effects (HEMINGWAY, 2015).

(BRASIL, 2002)⁴³. In the US, it is clearly possible to form a single-member LLC (UNITED STATES, 2006)⁴⁴.

The last aspect about the formation of an LLC mentioned here refers to who should prevail in case of a conflict of rules: (i) state-made law or (ii) the private contract of the LLC (*Contrato Social* or *Operating Agreement*). In Brazil, the provisions of the Civil Code are usually *mandatory*. They prevail over contractual clauses (less freedom of contract, but more uniformity and predictability) (PRADO et al., 2011). As an exception, some rules expressly state that they are subsidiary, by using terms such as *unless otherwise agreed* or similar⁴⁵.

On the other hand, in some jurisdictions in the US – Delaware, for example – statute provisions are mainly *subsidiary*⁴⁶. It is just the opposite reasoning: unless expressly stated that a rule is mandatory, the operating agreement can lawfully change that rule according to the LLC owner's interests (more freedom of contract, but less uniformity and predictability). That is also true when considering RULLCA as the default parameter for comparison⁴⁷.

4.2. Management and control

In both countries, the LLC can be *member-managed* or *manager-managed*. In the first model, all members have equal management

rights (each owner is also a manager and can take decisions that bind the legal entity to third parties, unless otherwise stated)⁴⁸. This structure is like that of a partnership. Differently, in a manager-managed LLC instead of all the members just a specific and separate group of people – composed of members, hired professional managers or a mix of them – can bind the legal entity⁴⁹. Similar to the corporate model in which only the officers can represent the corporation, following orders from the board of directors.

Therefore, a manager-managed structure can include three groups of people: (i) owners that are just members of the legal entity, without any management position or power; (ii) owners that are both members and managers; or (iii) non-owners hired to manage the legal entity.

Again, in both countries the rule is that the LLC is *member-managed unless otherwise agreed*⁵⁰. Despite this similarity, from here on there are major differences.

In Brazil, voting rights *must be based on capital contribution*. More contribution means more voting rights and power to rule the LLC. When dealing with this issue the Civil Code uses the expression *capital*⁵¹ instead of *voting capital* or similar, applied to highlight the situation in which part of the capital could not have voting rights, such as the corporate

⁴⁸ Article 1.060 (BRASIL, 2002). Sections 102, (12) and 407, (b), (2) (UNITED STATES, 2006).

⁴⁹ Article 1.060 (BRASIL, 2002). Sections 102, (10) and 407, (c), (1) (UNITED STATES, 2006).

⁵⁰ Article 1.060 (BRASIL, 2002). Sections 407, (a) and (b), (1) (UNITED STATES, 2006). "Under most statutes, in the absence of a provision or agreement to the contrary, management of the LLC is vested in the members, who are like general partners in this respect, and who not only participate in decision-making but also may have the power to bind the company" (KLEIN; COFFEE; PARTNOY JUNIOR, 2010).

⁵¹ For instance, articles 1.055 and 1.057 (BRASIL, 2002).

⁴³ Article 980-A, *caput*.

⁴⁴ Sections 201 (a) and (d).

⁴⁵ See, for example, the Civil Code article 1.013, *caput* and 1.063, § 1º (BRASIL, 2002).

⁴⁶ See Miller and Antonucci (2016), and Horton (2016).

⁴⁷ In RULLCA, exceptional mandatory rules are, for example, those concerning the waiving of fiduciary duties and M&A operations. See Sections 201 105, (c) (5), (13) and (14) (UNITED STATES, 2006).

preferred stock. The law then refers to *all* the capital, not just the voting interests. Moreover, article 1.010 expressly states that all membership units can vote. Therefore, someone who contributed to the capital account with US\$ 10,000.00 usually will have ten times more votes than someone who contributed with US\$ 1,000.00. That is because the Civil Code imposes high voting quorums for some matters, such as 75% (BRASIL, 2002)⁵². If the LLC could have non-voting interests, it would be difficult – if not impossible – to reach these quorums⁵³.

In the US, *members can choose* if their votes will be on a *per capita* basis (one or more fixed number of votes assigned to each member, regardless of his/her contribution to the legal entity) or on a *pro rata* basis (voting rights proportional to his/her contributions) (UNITED STATES, 2006)⁵⁴. The operating agreement is the proper place to define that.

A related question is to define if *all* the members must have the right to vote in an LLC deliberation or if one or more of them can permanently waive this right. In Brazil, although it is not explicit in the legislation and controversial among legal scholars⁵⁵, the Brazilian Registry General Office (*Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI*) ruled that *no member can permanently waive his/her right to vote*⁵⁶. Therefore, voting in an LLC in Brazil is more a duty of its members than just a right.

The United States *accept non-voting membership units*⁵⁷ and go a step further, in some jurisdictions, by allowing series LLC (SLLC). The SLLC is an additional form of limited liability protection through which operating agreements can create one or more series of membership units – with separate managers, property, rights and debts – inside the same LLC (such as different classes of stock in a corporation). However, with a significant difference: only the assets

⁵² Article 1.076, I.

⁵³ Deep discussing non-voting membership units in Brazilian LLC (PARENTONI; MIRANDA, 2016).

⁵⁴ Sections 407, (c), (1). “The default rules for voting in an LLC differ among the statutes. About half of the LLC statutes default to members voting on a *per capita* basis (one vote per member), while the other half default to members voting on a *pro rata* basis (by financial or other contribution to the firm)” (HAMILTON; MACEY; MOLL, 2014).

⁵⁵ See Parentoni and Miranda (2016).

⁵⁶ To be more precise, the Brazilian Registry General Office ruled that an LLC can have preferred ownership units, with different rights and obligations, since May 2017. But they *cannot* have voting restrictions: (BRASIL, 2017). Item 1.4, II, (b).

⁵⁷ RULLCA leaves that definition to the operating agreement. This classic book deals with corporations, but the author’s reasoning also fits in the LLC: “Most states allow firms to establish almost any voting practices they please. For example, Delaware permits firms to give shares any number of votes (including none) and give votes to bondholders in addition to (or instead of) shareholders. The votes may cumulate or not, at the option of the firm” (EASTERBROOK; FISCHER, 1991).

of that specific series shall be enforceable for its debts, “shielding” the other series and the rest of the legal entity⁵⁸. Delaware was the first jurisdiction to adopt it, in 1996 (UNITED STATES, 2006)⁵⁹. The SLLC is a very controversial issue. There are still many doubts regarding, for example: (i) bankruptcy of one or more series instead of the LLC as a whole; (ii) tax treatment of each series; (iii) how to deal with different liabilities when a foreign LLC does business in jurisdictions that do not allow series⁶⁰. To avoid these problems, RULLCA simply does *not* permit SLLCs.

Another important topic is about decision-making quorum. The Brazilian Civil Code imposes *mandatory quorums for member deliberation*. They *cannot* be altered by *contrato social*. There are mandatory quorums, for example, to nominate or remove managers. In a member-managed LLC, the quorum for both nomination and removal is of majority of the membership units (BRASIL, 2002)⁶¹. In a manager-managed LLC, the quorum for the same situation is of: (i) 2/3 (two thirds) of the ownership units in case of paid-in capital or (ii) unanimous consent if the capital is not fully paid-in (BRASIL, 2002)⁶². As mentioned, quorums in the Brazilian Civil Code are in general high and scholars heavily criticized them.

In the US, RULLCA provides a general rule and some exceptions. The rule is that in the ordinary course of business members can take decisions by a *majority* of votes (UNITED STATES, 2006)⁶³. For example, to nominate or remove managers. This rule is subsidiary, so *the operating agreement can change it, according to each LLC preferences*. However, in some cases RULLCA demands unanimous consent, such as for decisions outside the ordinary course of business or to amend the operating agreement (UNITED STATES, 2006)⁶⁴. These exceptional provisions clearly cause a lock-in effect. Think of a

⁵⁸ “A series LLC is the latest and by far most sophisticated form of business entity created. The concept is that a single entity may be formed in a state, but separate series or ‘cells’ may be internally created within the LLC. [...] The series LLC is essentially a single umbrella entity that has the ability to partition its assets and liabilities among various sub-LLCs or series. Each sub-LLC may have different assets, economic structures, members, and managers. The profits, losses, and liabilities of each series are legally separate from the other series, thereby creating a firewall between each series. In addition, it eliminates the administrative burden and expense of forming multiple LLCs. The structure is very similar to a parent corporation with subsidiaries only without the expense, formalities, and heavy taxation”. Available at: <http://www.limitedliabilitycompanycenter.com/series_llc.html>. Access: 5 Feb. 2018.

⁵⁹ § 18-215.

⁶⁰ Especially when considering RULLCA Section 901, (b) (UNITED STATES, 2006).

⁶¹ Article 1.071, II and III combined with article 1.076, II.

⁶² Article 1.061.

⁶³ Section 407, (3) and (c), (1).

⁶⁴ Section 407, (4).

situation in which 99% of the votes converge, but it is still not a unanimous decision. This situation is even more problematic than Brazilian high quorums.

4.3. Financial rights and obligations

As for the member's financial rights and obligations, Brazilian default rule provides that unless otherwise agreed each member share profits and losses *in the same proportion as he/she own interest units* in the LLC (BRASIL, 2002)⁶⁵. For example, 10% of the membership units grant the owner 10% of profits and losses. However, the registered written agreement (*contrato social*) can provide for a different distribution. For instance, stating that a member with 30% of the units share 20% of the profits and 10% of the losses. The ultimate limit for freedom of contract is the Civil Code article that, to protect member's private interest, impose that *all members of an LLC must participate in profits and losses* (BRASIL, 2002)⁶⁶. Therefore, it is possible to stipulate that a member will share 99% of the business profits or just 1% of the losses, regardless of his/her contribution to the firm's capital. However, it is illegal to grant him/her with 100% or 0%.

Based on that, big firms, including some law firms (GONÇALVES NETO, 2006), admit junior professionals as members instead of hiring them as employees. Mostly because Brazilian labor laws impose too many costs to hire, maintain or fire an employee. Hence, to admit members instead of hiring employees is a legal way to avoid these costs. Of course, the person must be treated as a real member, with the corresponding rights and obligations.

⁶⁵ Article 1.007.

⁶⁶ Article 1.008.

Otherwise, labor laws consider that as fraud (BRASIL, 1943)⁶⁷.

In the US, this issue is in part similar and in part different from Brazil. It is similar because RULLCA default method is the same: profits and losses follow the same ratio as each member's ownership interest (UNITED STATES, 2006)⁶⁸. However, it is different because RULLCA does *not* forbids excluding a member from sharing profits and losses. Therefore, in the US this issue is a *purely contractual decision*. The limits imposed by RULLCA deal more with the protection of third party creditors instead of the member's private interest (UNITED STATES, 2006)⁶⁹.

4.4. Transferability of ownership units

Both in Brazil and in the US, an ownership interest in a LLC entitles a member to have *financial rights* (which means to share in the profits of the firm) and *management rights* (to bind the legal entity to third parties, sign contracts or file law suits in its name and decide what to do with the entity assets). Moreover, in both legal systems a member can transfer these rights *together or separately*⁷⁰. It is possible, for example, to assign just the financial rights of one or more units to a third party while the owner retains the corresponding rights to vote and take part in the management of the LLC. Nonetheless this basic similarity, there are major differences in the way the legislation of both countries deals with this issue.

In Brazil, the default rule is that an LLC member can *freely transfer* his/her ownership

⁶⁷ Article 9.

⁶⁸ Section 404.

⁶⁹ Sections 405 and 406.

⁷⁰ Article 286 (BRASIL, 2002). Sections 401, (d), (1); 501; 502, (a), (2) and (3) (g) (UNITED STATES, 2006).

units to everyone, *encompassing both the financial and voting rights*. However, the proceeding varies if the acquirer is another member or a third party outside the legal entity. The Civil Code provides that the transference of ownership units *among members* is free and the transferor do *not* need to give notice of his/her intention to the non-transferring members, because they do not have preemptive rights to buy the units. Differently, if the transferee is a *third party*, the transaction remains free, but the transferor must give *prior notice* of it to the non-transferring members, because they can *block the entrance* of unwanted persons, based on fair reasons and by the vote of more than 25% of the ownership units (BRASIL, 2002)⁷¹.

Moreover, in a member-managed structure, even if the written agreement provides that all members are also managers, this clause applies just to the *previous* members. In other words, *an entrant does not become automatically a manager*. He/she acquires just the financial and voting rights attached to the units. To become a manager, he/she must be nominated following the proper quorum (BRASIL, 2002)⁷².

In sum, Brazilian default rule is an incentive for free transferability of ownership units among members, without neglecting the right of the non-transferring members to block the entrance of unwanted third parties. In addition, the entrants acquire financial and voting rights, but do *not* become managers unless expressly nominated (GONÇALVES NETO, 2012).

In the US, only the *financial rights* are *freely transferrable* without the need of prior consent. For transference of *management rights* RULLCA demands the *consent of all*

other members, no matter if the acquirer is already a member or a third party (UNITED STATES, 2006)⁷³. This rule is like that of partnerships⁷⁴. On one side, it preserves the control structure prior to the transaction. On the other side, however, unanimous consent creates a lock-in effect.

Of course, both countries allow the members to *circumvent the default rule by contract*, either to permit free transferability or to restrict it even more. For example, by providing preemptive rights to the remaining members in Brazil, when one of them wants to sell his units to third parties. In the US, for instance, to allow the transferability of management rights with a lower quorum, such as majority instead of unanimous consent. From a legal perspective, the key aspect is that no matter if contracted to restrict or to enhance the transferability; it is strongly recommended that members address these questions in a *written agreement, before a conflict arises*⁷⁵.

Finally, another major distinction between Brazil and the US uniform legislation refers to public traded LLCs. In Brazil, since its inception in 1919 this legal entity was *never allowed to be publicly-traded* because *sociedade limitada* ownership units are *not* considered securities. Consequently, there is no public market for them in Brazil. Although, in the last years CVM⁷⁶ has gradually ruled that LLCs *can* publicly trade *some specific types of securities*,

⁷³ Section 401, (c), (3).

⁷⁴ "As for transferability, member of LLCs may transfer, or assign, their financial interest in the LLC, but, in the absence of unanimous consent of the other members or a provision or an agreement to the contrary, not their right to participate in management (that is, their voting rights)" (KLEIN; COFFEE; PARTNOY JUNIOR, 2010).

⁷⁵ Stressing the importance of contract clauses dealing with transferability of ownership units, see Gomtsian (2015).

⁷⁶ The Brazilian federal agency that regulates securities market, equivalent to the SEC in the US.

⁷¹ Article 1.057.

⁷² Article 1.060, sole paragraph.

such as commercial papers, bank credit notes (BRASIL, 2009)⁷⁷, and corporate promissory notes (BRASIL, 2015b)⁷⁸, as well as receive financial support from investment funds (*Fundos de Investimento em Participações – FIP*) (BRASIL, 2016)⁷⁹. The trend is to enlarge this list in a very near future⁸⁰. Nonetheless, until now LLC ownership units *cannot* be publicly traded in Brazil.

In the US, LLC ownership units also *cannot* be publicly traded. However, some strategies can lawfully bypass this rule. That happens especially in Delaware, because of the highest level of freedom of contract provided by the Delaware Statute – DLLCA. Therefore, 20 (twenty) public listed LLCs were formed there until 2013⁸¹. In this context, courts discuss if LLC ownership units are securities. The main line of reasoning uses a test created for corporations, known as the *Howey Test*, to define if an LLC ownership unit can be treated as an investment contract and, consequently, as a security. Since the members of an LLC will only know if their units are securities in a case-by-case approach, usually after a trial, the problem with this method is uncertainty and unpredictability (GIRNYS, 2011/2012). After all, frequently courts come up with very different solutions for LLCs with similar structures⁸².

4.5. Dissociation and dissolution

There are some important conceptual distinctions in this subject. First, *withdrawal of a member capital contribution*, on one side, and *withdrawal from the LLC*, on the other. The first happens when the member of an LLC cash back part or the total of his/her personal capital account inside the LLC, therefore reducing or extinguishing this account, but *continues to be a member* of the legal entity (for example, sharing profits and losses, taking part in management and voting). Like any other financial interest, the member account in an LLC can be withdrawn or transferred by the owner, at will. Diversely, withdrawal from the LLC means a *buyout* by which the person receives back all his/her capital account *plus fair value of equity interest* and, therefore, *ceases to be a member* of the legal entity (PARENTONI; LIMA, 2016).

⁷⁷ Article 33.

⁷⁸ Article 02.

⁷⁹ Articles 15 and 16. For further details, see Parentoni and Féres (2016).

⁸⁰ Nowadays the main discussion is about allowing LLCs to issue bonds. See Crisóstomo (2011). Following the same line of reasoning, see Amaral (2014).

⁸¹ Data provided by Gomtsian (2015).

⁸² For a list of contradictory decisions regarding this issue, see Girnys (2011/2012).

A second basic distinction is *dissolution* versus *dissociation*. Dissolution happens when *all* the members leave the business, which winds up after liquidation and, therefore, the legal entity *ceases to exist* (called *dissolução total* in Brazil). Differently, if just one or more of the equity members leave the legal entity (no matter if by their will or if expelled), but the LLC *remains in operation* with the other members, this is called dissociation (in Brazil, *dissolução parcial*) (BARBI FILHO, 2004; FONSECA, 2012).

For an LLC *at will* (which means an LLC without a definite term of duration and that is not just for a specific purpose), in Brazil *any member* can withdrawal at *any time* by sending a notice to the LLC with at least 60 days in advance (BRASIL, 2002)⁸³. For future events, his/her commitment with the business ends in the day the LLC receives that notice, no matter if the payback will be in cash or in instalments (BRASIL, 2015a)⁸⁴.

As an *exception*, if one or more of the members made substantial investments in the business⁸⁵, believing that the other members would remain committed until he/she could have at least a chance of payback, this member can file a lawsuit to *force* the others to remain in the LLC for a *reasonable period* (BRASIL, 2002)⁸⁶.

In the US, after the “check-the-box” tax reform many statutes were amended to restrict withdrawal rights, unless otherwise agreed by the members. However, RULLCA has taken the opposite path, by stating that *a person has the power to dissociate as a member at any time, rightfully or wrongfully* (UNITED STATES, 2006, p. 132)⁸⁷. The person’s duties and obligations as a member ends in the day of dissociation, for events occurred since that day (UNITED STATES, 2006)⁸⁸. Therefore, RULLCA and Brazil rules are alike.

When it turns to the LLC *for a definite term of duration*, in Brazil the rule is that *no member can leave* the business *before the fixed term*, unless authorized by the remaining ones (BRASIL, 2002)⁸⁹. If this unanimous consent cannot be achieved, the option is to file a lawsuit in which the leaving member face the burden of proving a reasonable cause to his/her intention. In this case, the leaving member commitment with the

⁸³ Article 1.029. It is worth mentioning, however, that this rule is not undisputed among legal scholars.

⁸⁴ Article 605, II.

⁸⁵ Such as specific investments that can turn into sunk costs.

⁸⁶ Article 473, sole paragraph.

⁸⁷ Section 601, (a).

⁸⁸ Section 603, (2) and (3), (b).

⁸⁹ Article 1.029.

LLC only will end with a sentence *transited in rem judicatum* (BRASIL, 2015a)⁹⁰.

In the US, RULLCA provides that *any member has the power to leave* the LLC even before the definite term of duration. But if the operating agreement considers it a wrongfully dissociation, that member is liable for damages caused by the dissociation not just to the LLC but also to the remaining members (UNITED STATES, 2006)⁹¹.

Payment method and deadline for buyout in dissociation also differs in Brazil and the United States. The first provides that the equity interests of any leaving member must be paid in *cash* and in no more than *90 days*, unless otherwise agreed in the LLC contract (BRASIL, 2002)⁹². RULLCA does not have a similar provision, which leaves that definition to the operating agreement (or to the decision of the members, if the operating agreement is also silent).

A novelty in the Brazilian system is that the actual Civil Code provides mandatory requirements and proceedings for *extrajudicial exclusion of partners* in an LLC (BRASIL, 2002)⁹³. Therefore, this proceeding only applies if: (i) the registered contract of the LLC has a prior clause authorizing it; (ii) a reasonable cause is proved (*justa causa*); (iii) the decision must be discussed in a formal meeting of the voting members, especially called for that purpose; (iv) the target member (the one they want to expel) have the right to defend himself during that meeting; and (iv) only minority equity members can be expelled this way. RULLCA, on the other hand, leaves this question to the private

decision of the members, with much more freedom of contract, by saying that “*the person is expelled as a member pursuant to the operating agreement*” (UNITED STATES, 2006, p. 134)⁹⁴.

5. Conclusion

The LLC is one of the most important types of business form both in Brazil and the US. However, these countries have a very different legal tradition. Consequently, their uniform laws deal with the same subject by means of different and sometimes contradictory provisions. This research tried to highlight some of these differences, pertaining the following aspects of the LLC: a) formation; b) management and control; c) financial rights and obligations; d) transferability of ownership units; e) dissociation and dissolution.

In the end, I came to the conclusion that although Brazil has a longer tradition with LLC, first enacted almost a hundred years ago, the US made tremendous improvements in the last decades, even ahead of Brazilian legislation in some very important issues, such as the forms of contribution to the firm's capital, voting rights and series LLC. Whereas, Brazil keeps the lead in fields such as transferability of ownership units among members, encompassing both the financial and voting rights.

The comparative analysis of legislation developed in this research could be useful to better understand the logic that guides each legal system, identifying pros and cons of their provisions on the same subject. Therefore, it is a first step to everyone that wants to

⁹⁰ Article 605, IV.

⁹¹ Section 601, (a), (b) (1) and (c).

⁹² Article 1.031, second paragraph.

⁹³ Article 1.085. See also Spinelli (2015).

⁹⁴ Section 602, (4).

deeply understand these systems. It could also be especially valuable to governments and regulators when reevaluating or amending their laws.

Sobre o autor

Leonardo Parentoni é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil; pesquisador visitante na Universidade do Texas, Austin, TX, Estados Unidos; financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Email: parentoni@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PARENTONI, Leonardo Netto. Limited liability company – LLC: some major differences between Brazil and the US legislation. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 221-243, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p221>.

(APA)

Parentoni, L., Netto (2018). Limited liability company – LLC: some major differences between Brazil and the US legislation. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 221-243. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p221

Referências

AMARAL, José Romeu Garcia do. *Ensaio sobre o regime jurídico das debêntures*. 2014. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ANGELICI, Carlo; FERRI, Giovanni. *Manuale di diritto commerciale*. 12. ed. Torino: Utet Giuridica, 2006.

AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2003.

BARBI FILHO, Celso. *Dissolução parcial de sociedades limitadas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BAGLEY, William D.; WHYNOTT, Philip P. *The limited liability company*. Los Angeles: James Publishing, 1994.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada. *Coleção das Leis do Brasil*, v. 1, p. 154, 1919.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 9 ago. 1943.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução normativa nº 480, de 7 de dezembro de 2009. Dispõe sobre o registro de emissores de valores mobiliários admitidos a negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2009. Available at: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/400/inst480consolid.pdf>>. Access: 6 Feb. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572, de 2011. Institui o Código Comercial. Autor: Dep. Vicente Cândido. *Diário da Câmara dos Deputados*, 15 jun. 2011. Available at: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN2011.PDF>>. Access: 5 Feb. 2018.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013. Reforma o Código Comercial. Autor: Sen. Renan Calheiros. *Diário do Senado Federal*, 23 nov. 2013. Available at: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=23/11/2013&paginaDireta=84357>>. Access: 5 Feb. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015a.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução normativa nº 566, de 31 de julho de 2015. Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de nota promissória. *Diário Oficial da União*, 3 ago. 2015b. Available at: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst566consolid.pdf>>. Access: 6 Feb. 2018.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução normativa nº 578, de 30 de agosto de 2016. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. *Diário Oficial da União*, 31 ago. 2016. Available at: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst578consolid.pdf>>. Access: 6 Feb. 2018.

_____. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Instrução normativa nº 38, de 2 de março de 2017. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. *Diário Oficial da União*, 3 mar. 2017. Available at: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-38-2017-retificao.pdf>. Access: 6 Feb. 2018.

BREWER, Cassady V. Seven ways to strengthen and improve the L3C. *Regent University Law Review*, Virginia Beach, v. 25, n. 2, p. 329-350, 2013.

BULGARELLI, Waldirio. Anotações sobre o acordo de cotistas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 34, n. 98, p. 44-49, abr./jun. 1995.

BURNHAM, William. *Introduction to the law and legal system of the United States*. 5. ed. Saint Paul: Thompson Reuters, 2006.

CRISÓSTOMO, André Fernandes. *Debentures: distribuição privada por sociedade limitada na recuperação da empresa*. 2011. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

DINIZ, Gustavo Saad. A primeira década do Código Civil e alguns problemas para as organizações empresariais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 917, p. 207-222, mar. 2012.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1991.

FARNSWORTH, E. Allan. *An introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1960. v. 1.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANKLIN, Eric H. A rational approach to business entity choice. *Kansas Law Review*, Lawrence, v. 64, n. 1, p. 573-662, 2016.

GILSON, Ronald J. Globalizing corporate governance: convergence of form or function. *Columbia Law School Working Paper*, [S.l.], n. 174, p. 1-35, May 2000.

GIRNYS, Raymond P. Regulation LLC. *New York Law School Law Review*, [S.l.], v. 56, n. 4, p. 1537-1565, 2011/2012.

GOFORTH, Carol. Too many cooks spoil the cake, and too many statutes spoil the LLC: a plea for uniformity. *Southwestern Law Review*, Los Angeles, v. 46, n. 1, p. 63-121, 2016.

GOMTSIAN, Suren. The governance of publicly traded limited liability companies. *Delaware Journal of Corporate Law*, Wilmington, v. 40, n. 1, p. 207-279, 2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. 4. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

_____. *Direito de empresa*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HAMILL, Susan Pace. The origins behind the limited liability company. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 59, n. 5, p. 1.459-1.522, Mar. 1998.

HAMILTON, Robert W.; MACEY, Jonathan R.; MOLL, Douglas K. *The law of business organizations: cases, materials and problems*. 12. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2014.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier; SQUIRE, Richard. The new business entities in evolutionary perspective. *University of Illinois Law Review*. Urbana-Champaign, v. 5, n. 1, p. 5-14, Feb. 2005.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. *Yale Law School Working Paper*, [S.l.], n. 235, p. 1-37, Jan. 2000.

HORTON, Brent J. Modifying fiduciary duties in Delaware: ten years of decisional law. *Delaware Journal of Corporate Law*, Wilmington, v. 40, n. 3, p. 921-970, 2016.

KEATINGE, Robert R. et al. The limited liability company: a study of the emerging entity. *The Business Lawyer*, Chicago, v. 47, n. 2, p. 375-460, Feb. 1992.

KLEINBERGER, Daniel S. A myth deconstructed: "The Emperor's New Clothes" on the low-profit limited liability company. *Delaware Journal of Corporate Law*, Wilmington, v. 35, n. 3, p. 879-910, 2010.

KLEIN, William A.; COFFEE, John C.; PARTNOY JUNIOR, Frank. *Business organization and finance: legal and economic principles*. 11. ed. New York: Foundation Press, 2010.

LOBO, Jorge. *Sociedades limitadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1, p. 47-50.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILLER, Meredith R.; ANTONUCCI, Yvonne L. Default rules and fiduciary duty waivers in alternative entities: policy issues and empirical insights. *The Journal of Corporation Law*, Iowa, v. 42, n. 1, p. 147-222, 2016.

MILLER, Meredith R. The New York limited liability company law at twenty: past, present & future. *Touro Law Review*, Long Island, v. 31, n. 3, p. 403-410, 2015.

PARENTONI, Leonardo; FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade anônima fechada em perspectiva. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 37-64, nov. 2016.

PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda. Competência legislativa em direito societário: sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 53, n. 210, p. 239-265, abr./jun. 2016. Available at: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/522908>>. Access: 6 Feb. 2018.

PARENTONI, Leonardo; LIMA, Henrique Cunha Souza. Exclusão extrajudicial de cotista minoritário: aspectos controversos do art. 1.085 do Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 69, p. 311-344, jul./dez. 2016.

PARENTONI, Leonardo; MIRANDA, Jacqueline Delgado. Cotas sem direito de voto na sociedade limitada: panorama brasileiro e norte-americano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, ano 11, n. 2, p. 702-733, ago. 2016.

PARENTONI, Leonardo. O conceito de empresa no Código Civil de 2002. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, p. 133-151, 2006.

PRADO, Roberta Nioac et al. Determinantes estratégicas na escolha do tipo societário: Ltda ou S.A.? In: PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBSTEIN, Larry E; KEATINGE, Robert R. *Ribstein and Keatinge on limited liability companies*. 2. ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2016. v. 1.

RIBSTEIN, Larry E. Limited liability unlimited. *George Mason University Working Paper*, [S.l.], n. 98, p. 1-41, May 1998. Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=92188>. Access: 6 Feb. 2018.

_____. An analysis of the Revised Uniform Limited Liability Company Act. *Virginia Law & Business Review*, Charlottesville, v. 3, n. 1, p. 36-80, 2008.

_____. *The rise of the unincorporation*. 12. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi; FERRER, Alexandre de Moura Bonini; SIMÕES, Isadora Scherer. EIRELI: constituição e reflexões acerca do Projeto de Lei do Senado 96/2012. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, ano 53, n. 211, p. 227-252, set. 2016. Available at: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/525426>>. Access: 6 Feb. 2018.

ROE, Mark J. Delaware and Washington as corporate lawmakers. *The Delaware Journal of Corporate Law*, Wilmington, v. 34, n. 1, p. 1-34, 2009.

SMITH, Kenya J. H. Papa's brand new bag: the need for IRS recognition of an independent nonprofit limited liability company (NLLC). *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 98, n. 4, p. 1.695-1.728, 2015.

SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

UNITED STATES. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Uniform Limited Liability Company Act (1996). Annual Conference Meeting, July 19, 1996. Available at: <<http://www.uniformlaws.org/shared/docs/limited%20liability%20company/ullca96.pdf>>. Access: 5 Feb. 2018.

_____. The Constitution of the United States of America (1789). *Government Printing Office*, July 25, 2007. Available at: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Access: 5 Feb. 2018.

_____. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Uniform Limited Liability Company Act (2006). *Annual Conference Meeting*, July 12, 2013. Available at: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/limited%20liability%20company/Ullca_Final_2014_2015aug19.pdf>. Access: 5 Feb. 2018.

WALKER, David S. A consideration of an LLC for a 501(c) (3) nonprofit organization. *William Mitchell Law Review*, Saint Paul, v. 38, n. 2, p. 627-677, 2012.

WILSON, Elaine Waterhouse. Better late than never: incorporating LLCs into section 4943. *Akron Law Review*, Akron, v. 48, n. 3, p. 485-546, 2015. Available at: <<http://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2338&context=akronlawreview>>. Access: 6 Jun. 2018.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

