

SISTEMAS POLÍTICOS E GESTÃO DE CRISES

IX FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

XXIV CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

RICARDO PEDRO
JOSÉ ROBERTO AFONSO E BERNARDO MOTTA
CLAUDIA JOAQUIM
VILMA DA CONCEIÇÃO PINTO
MARGARETE COELHO
FELIPE SCUDELER SALTO
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO
MARIA CRISTINA PEDUZZI
BRUNO BIANCO LEAL
JOÃO ZENHA MARTINS
JULIANA LOSS
PAULO ROBERTO VANDERLEI REBELLO FILHO
FLAVIA HARUMI RAMOS TANAKA
FABRICIA GOLTAVA VASCONCELLOS FAEDRICH
TAINÁ LEANDRO
VICENTE MARTINS PRATA BRAGA
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
ALDO REBELO
MARIANA BUGELLI
JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR
ANA FLÁVIA CABRAL SOUZA LEITE
ANTONIO CARLOS DA SILVEIRA PINHEIRO
INÁCIO ALENCASTRO
ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO
AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO
GUILHERME VIEIRA BARBOSA
CARLOS EDUARDO DE ABREUL BOUCAULT
FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA
FILIPE LUIZ MENDANHA SILVA
MILTON BAROSSA-FILHO
RACHEL SZTAJN
JOÃO FERNANDO ROSSI MAZZONI
TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO
VANESSA DE RAMOS KELLER

SISTEMAS POLÍTICOS E GESTÃO DE CRISES

IX FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

XXIV CONGRESSO INTERNACIONAL
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES

CARLOS BLANCO DE MORAIS

RICARDO PEDRO
JOSÉ ROBERTO AFONSO E BERNARDO MOTTA
CLAUDIA JOAQUIM
VILMA DA CONCEIÇÃO PINTO
MARGARETE COELHO
FELIPE SCUDELER SALTO
MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO
RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO
MARIA CRISTINA PEDUZZI
BRUNO BIANCO LEAL
JOÃO ZENHA MARTINS
JULIANA LOSS
PAULO ROBERTO VANDERLEI REBELLO FILHO
FLAVIA HARUMI RAMOS TANAKA
FABRICIA GOLTAVA VASCONCELLOS FAEDRICH
TAINÁ LEANDRO
VICENTE MARTINS PRATA BRAGA
MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
ALDO REBELO
MARIANA BUGELLI
JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR
ANA FLÁVIA CABRAL SOUZA LEITE
ANTONIO CARLOS DA SILVEIRA PINHEIRO
INÁCIO ALENCASTRO
ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO
AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO
GUILHERME VIEIRA BARBOSA
CARLOS EDUARDO DE ABREUL BOUCAULT
FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA
FILIPE LUIZ MENDANHA SILVA
MILTON BAROSSO-FILHO
RACHEL SZTAJN
JOÃO FERNANDO ROSSI MAZZONI
TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO
VANESSA DE RAMOS KELLER



IX FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Doutor Gilmar Ferreira Mendes

Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes



Fundadores

Gilmar Ferreira Mendes | Paulo Gustavo Gonet Branco

Direção

Francisco Schertel Mendes

Coordenação Científica

Gilmar Ferreira Mendes

Coordenação Académica

José Roberto Afonso | Sérgio Antonio Ferreira Victor | Atalá Correia

Laura Schertel Mendes | João Paulo Bachur

Coordenação Executiva

Gabriela Jardim



Presidente do Departamento de Ciências Jurídico-Políticas e
Coordenador Científico do Centro de Investigação de Direito Público
Carlos Blanco de Moraes

Presidente do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Maria Luísa Duarte

Vice-Presidentes do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

Carla Amado Gomes

João Tiago Silveira

Coordenação Académica

Miguel Nogueira de Brito | Pedro Sánchez

Coordenação Executiva

Ana Moutinho | Susana Mendes

FGV CONHECIMENTO

Diretor da FGV Conhecimento

Sidnei Gonzalez

Diretora Adjunta

Patricia Werner

Coordenação Executiva do IX Fórum de Lisboa

Marcelo Abrantes

Marco António Azeredo

Coordenação de Design

Marcela Lima

Projeto Gráfico e Diagramação

Isabella Lima

Edição e Revisão

Débora Giunti

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: <https://forumjuridicodelisboa.com/>

SUMÁRIO

Prefácio	11
Capítulo 1. Responsabilidade Civil do Estado no Âmbito de Medidas de Exceção Sanitárias	13
Ricardo Pedro	14
Capítulo 2. Limites Orçamentais em Estado de Crise Sanitária	35
José Roberto Afonso e Bernardo Motta	36
Claudia Joaquim	46
Vilma da Conceição Pinto	58
Capítulo 3. Justiça 4.0: Novos Desafios do Processo	71
Margarete Coelho	72
Capítulo 4. Governabilidade e Recuperação Econômica no Brasil	89
Felipe Scudeler Salto	90
Capítulo 5. Jurisprudência Constitucional e Administrativa	105
Marcus Vinicius Furtado Coêlho	106
Raquel Alexandra Brízida Castro	126
Capítulo 6. Relações Sociais e Laborais em Tempos de Exceção	167
Maria Cristina Peduzzi	168
Bruno Bianco Leal	186

Capítulo 7. Trabalho 4.0	207
João Zenha Martins	208
Capítulo 8. Saúde Pública e Privada em Tempos de Pandemia: uma visão comparada	225
Juliana Loss	226
Capítulo 9. Os Desafios Regulatórios no Brasil: Avanços e Perspectivas	245
Paulo Roberto Vanderlei Rebello Filho	246
Flavia Harumi Ramos Tanaka	246
Fabricia Goltava Vasconcellos Faedrich	246
Tainá Leandro	246
Vicente Martins Prata Braga	267
Capítulo 10. Presidencialismo de Coalizão e Semipresidencialismo	281
Manoel Gonçalves Ferreira Filho	282
Capítulo 11. Forças Armadas e Democracia	295
Aldo Rebelo	296
Capítulo 12. A Atuação Internacional na Efetivação de Direitos Fundamentais: Um olhar das Políticas Públicas de Educação e Saúde	303
Mariana Bugelli	304

Capítulo 13. Terceiro Setor Pós-Pandemia: Sustentabilidade e Internacionalização	325
José Marinho Paulo Junior	326
Ana Flávia Cabral Souza Leite	343
Antonio Carlos da Silveira Pinheiro	360
Inácio Bento de Loyola Alencastro	376
Anexos. Artigos selecionados em virtude do edital de submissão	391
Acacio Miranda da Silva Filho	392
Afonso Soares de Oliveira Sobrinho	436
Guilherme Vieira Barbosa e Carlos Eduardo de Abreul Boucault	466
Fernando Dias Menezes de Almeida	482
Filipe Luiz Mendanha Silva	500
Milton Barossi-Filho, Rachel Sztajn e João Fernando Rossi Mazzoni	522
Tatyanne Maria Lins de Araujo	550
Vanessa de Ramos Keller	570
Considerações Finais	601

NOTA DOS EDITORES

Esta publicação é resultado do IX Fórum Jurídico de Lisboa, realizado nos dias 15, 16 e 17 de novembro de 2021, em formato presencial e com transmissão simultânea ao vivo. Os textos reunidos nesta compilação foram formulados a partir de artigos enviados pelos palestrantes e por participantes dos grupos de trabalho. Os mesmos textos foram adequados ao Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, salvo quando solicitada, pelos próprios autores, a preservação de certas características ortográficas de Portugal e do Brasil. Assim, os artigos que compõem esta publicação expressam as opiniões de seus autores, não representando, necessariamente, a opinião institucional da Fundação Getúlio Vargas. Ademais, gostaríamos de lembrar que a venda deste livro é estritamente proibida.

PREFÁCIO

Este documento compreende os Anais do IX Fórum Jurídico de Lisboa, que ocorreu em novembro de 2021, em formato presencial e com transmissão simultânea ao vivo. Organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e pelo Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ICJP/CIDP), pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e pela Fundação Getulio Vargas, por meio do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento (FGV/CIAPJ), o evento teve como intuito promover a troca de experiências, fomentar debates acadêmicos e provocar reflexões acerca dos conteúdos apresentados nos painéis e nas mesas.

As instituições parceiras, anualmente, reúnem importantes juristas, autoridades e especialistas na capital de Portugal para refletir sobre as questões de maior destaque acerca do Direito Constitucional. A conferência internacional é de extrema relevância para a cooperação entre Brasil e Portugal, de forma a contribuir na proposição de políticas públicas e fomentar o desenvolvimento de projetos em comum, que envolvam uma variedade de iniciativas voltadas para instituições públicas e privadas.

A partir do mote central “Sistemas Políticos e Gestão de Crises”, a nona edição promoveu debates relacionados aos principais conceitos sobre crises e a recomendações gerais para enfrentá-las. Questões como restrições aos direitos fundamentais e crise sanitária; responsabilidade civil do Estado no âmbito de medidas de exceção sanitária; limites orçamentais em estado de crise sanitária; saúde pública e privada em tempos de pandemia; desafios do futuro para a tributação; governabilidade e recuperação econômica; terceiro setor pós-pandemia: sustentabilidade e internacionalização; modernização do Judiciário e política fiscal pós-pandemia; e soluções extrajudiciais de conflitos no pós-pandemia foram amplamente discutidas para suscitar políticas públicas de melhoria e desenvolvimento de projetos em comum. Tendo em vista a necessidade de refletir sobre os sistemas políticos globais e a gestão de crises nas diversas áreas do conhecimento, esperamos que os Anais do IX Fórum Jurídico de Lisboa suscitem diálogos e ações sobre esses complexos e relevantes temas.

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DE MEDIDAS DE EXCEÇÃO SANITÁRIAS

RICARDO PEDRO



RICARDO PEDRO

É doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Atualmente, é investigador no Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RICARDO PEDRO

COVID-19 E INDENIZAÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL

INTRODUÇÃO¹

1. O princípio de Estado de Direito impõe um dever de indenizar os causados pelos entes públicos. Em rigor, pela conjugação com outras normas constitucionais, é imposto *um princípio de indenização pública*, desde logo, ao nível constitucional, que vem a encontrar operacionalização ao nível da legislação ordinária e sob diferentes técnicas indenizatórias.

Se é verdade que este regime está – em regra, aliás, como toda a organização e funcionamento das diferentes funções públicas – previsto para situações de normalidade jurídica ou, de juridicidade de normalidade, a verdade é que, como a história nos revela, há períodos de excepcionalidade real e fática que exigem uma outra juridicidade, isto é, uma *juridicidade de excepcionalidade* e que pode ter várias origens e naturezas.

¹ Aproveita-se a ocasião para agradecer aos Senhores Professores Doutores Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Mendes o convite para intervir na Conferência a que se reportam as presentes atas. O presente artigo corresponde em grande medida ao apresentado oralmente; no entanto, de modo a cumprir a economia dos textos a integrar as presentes atas, optou-se por reduzir o âmbito do mesmo à indemnização pública no contexto da COVID-19 em Portugal.

Os acontecimentos recentes que provocaram a crise pandêmica criada pela covid-19 representam uma situação de excepcionalidade fática que impôs, de modo transversal – em todo um mundo –, uma atuação excepcional dos poderes públicos, de modo a proteger os cidadãos do contágio e da doença provocados pelo referido vírus. Este contexto de excepcionalidade fática impôs uma juridicidade de excepcionalidade (que no contexto português se reflete na “legislação covid-19” e que num contexto mais geral é, muitas vezes, designado de “Direito do Corona”²) em cujo âmbito, desde logo, ao nível da sua definição e execução, poderão surgir danos dignos de indenização pública. Importa, assim, apurar quais os regimes de indenização postos à disposição dos lesados por danos causados pelo exercício de funções públicas em contextos de excepcionalidade, com destaque para os danos provocados pela crise sanitária resultante da covid-19.

2. Para melhor compreensão do regime indenizatório público previsto para contextos de excepcionalidade (e apenas na dimensão substantiva – ficando de fora do objeto do presente estudo a dimensão de competência jurisdicional e processual), iremos adiantar as principais linhas caracterizadoras do princípio da indenização pública (II).

Posteriormente, analisaremos os regimes jurídicos que estão à disposição dos lesados para indenização dos danos resultantes em contextos de excepcionalidade (III).

Segue-se com o tratamento de uma causa de exclusão da indenização pública frequentemente convocada em contextos de excepcionalidade e, em concreto, no âmbito da crise sanitária provocada pela covid-19, isto é, a força maior (IV).

Por fim, terminaremos com breves conclusões (V).

2 Cf. BENEDIKT M. QUARCH/DENNIS GEISSLER/PIERRE PLOTTEK/MELANIE EPE, *Staatshaftung in der Coronakrise, Ansprüche bei rechtmäßigen und unrechtmäßigen COVID19 Schutzmaßnahmen*, Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 5. Sobre a responsabilidade do Estado no contexto de “medidas públicas de proteção” impostas pelo Direito do Corona (ibid, pp. 67 e ss); ainda sobre o tema, cf. FRANK THOLL, *Staatshaftung und Corona*, 2021, C.H. BECK, pp. 26 e ss.

PRINCÍPIO DA INDENIZAÇÃO PÚBLICA

3. O tema da indenização pública encontra no ordenamento jurídico português previsão constitucional em vários normativos da Lei Fundamental com destaque para os artigos 2.º e 22.º.

O primeiro normativo, que consagra o princípio do Estado de Direito democrático, impõe uma indenização pública animada pela ideia de justiça distributiva. Ou seja, sempre que se verifique uma distribuição dos encargos públicos violadora do princípio da igualdade, os particulares que suportem tais encargos ou danos devem ser compensados na medida do respetivo sacrifício desigualitário.

A segunda norma referida – assente numa ideia de justiça retributiva/ressarcitória – apresenta-se de difícil interpretação, dada a amplitude da sua previsão e, que, por isso, não tem gerado unanimidade na sua caracterização como direito, liberdade e garantia ou como garantia institucional³. Todavia, sempre se tratará de um *princípio geral* que impõe a responsabilidade direta e solidária do Estado e demais entidades públicas pelos atos funcionais que violem direitos, liberdades e garantias ou causem prejuízo para outrem⁴.

Ambas as normas – artigos 2.º e 22.º – encontram desenvolvimento na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou, em anexo, o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas (“RRCEE”).

4. Apesar de, nas situações mais graves de excepcionalidade, ser permitida a restrição de certos direitos, liberdades e garantias⁵.

3 Para um resumo das várias posições doutrinárias sobre esta discussão, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional de 2007-03-02, P. 65/02, *Prazeres Beleza*, e para uma visão panorâmica das diferentes posições da doutrina sobre a natureza do artigo 22.º e do regime aplicável, cf. RICARDO PEDRO, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado por violação do direito a uma decisão em prazo razoável ou sem dilações indevidas*, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 28 e ss.

4 Apesar de o artigo 22.º apenas se referir a direitos, liberdades e garantias, a doutrina tem entendido que esta garantia se estende a outros direitos fundamentais, outros direitos subjetivos ou quaisquer direitos ou interesses legalmente protegidos. Por todos, cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 436-437.

5 Cf. artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa. Sobre o tema recentemente, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, “Os estados de exceção constitucional: estado de sítio e estado de emergência”, in *Direito administrativo de necessidade e de exceção*, Carla Amado Gomes, Ricardo

No entanto, assim não acontece com o direito à indenização pública, que não se encontra suspenso, mesmo nas situações mais graves de estado de exceção⁶.

Assim, será o *princípio geral de indenização pública* que norteará o dever de indenizar os danos causados em contextos de normalidade e ainda em contextos de excepcionalidade. Ou seja, no ordenamento jurídico português o paradigma de indenização pública mantém-se em ambos os contextos – normalidade e excepcionalidade.

A questão que se deve colocar é se os contextos de excepcionalidade não apresentam uma tendência preferencial por um certo tipo de indenização pública, mais assente numa ideia de justiça distributiva do que numa ideia de justiça retributiva/ressarcitória (assente na ilicitude). Os contextos de excepcionalidade fática tendem a convocar uma juridicidade de excepcionalidade que adequa e legitima a atuação dos entes públicos à (nova) realidade excepcional (que se pretende debelar), sendo, por regra, tal atuação legítima e legal. O que afastaria, em tese, as situações merecedoras de uma indenização retributiva, como é próprio da responsabilidade civil pública e privilegiaria os regimes de indenização distributiva, como tende a acontecer com a indenização pelo sacrifício, de modo a garantir-se a justiça na distribuição dos encargos públicos impostos pela situação de excepcionalidade em causa. Ou seja, o contexto de excepcionalidade impõe testes na distribuição igualitária dos encargos públicos, surgindo aqui a figura da indenização pelo sacrifício como a melhor candidata⁷. Uma leitura global do nosso sistema jurídico positivado tende a oferecer uma resposta favorável à anterior tendência.

Pedro (Coord.), Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 47-95.

⁶ Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de exceção no direito constitucional: entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, II, p. 1243; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1074.

⁷ Cf. *infra* n.ºs 10 e 11, no contexto da situação excepcional causada pela COVID-19.

Importa ainda ter presente que também os regimes de responsabilidade civil pública podem ser convocados sempre que esteja presente uma ilicitude (e restantes requisitos), nomeadamente, sempre que se verifiquem situações de excesso ou de *défi*ce de atuação pública à luz do que é permitido pela juridicidade de excepcionalidade. Nestas situações, podem ser convocadas as figuras da responsabilidade civil legislativa, jurisdicional e/ou administrativa.

INDENIZAÇÃO PÚBLICA EM CONTEXTOS DE EXCEPCIONALIDADE

1 - CONTEXTOS DE EXCEPCIONALIDADE

A admissão de regimes jurídicos públicos de excepcionalidade (a par dos regimes de normalidade) não é uma novidade - antes de todos os tempos⁸ -, bastando atentar no brocardo latino "*Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*". Era este brocardo que justificava no direito romano poderes extraordinários, exercíveis nos casos em que era necessário enfrentar uma situação imprevisível e que exigia uma decisão de ação imediata, sem possibilidade de adiamento. No entanto, a previsão de uma normatividade excepcional para tempos de crise assume um exemplo primordial com a situação causada pela covid-19⁹.

8 Entre muitos, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *O estado de exceção*, Lisboa: Cognition, 1984, *passim*; VITTORIO ANGIOLINI, *Necessita ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova: CEDAM, 1986, *passim*; PIETRO PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano: Giuffrè, 1988, *passim*; ANTÓNIO DAMASCENO CORREIA, *Estado de sítio e de emergência em democracia*, Lisboa: Vega, 1989, *passim*; FERNANDO PAULO DA SILVA SUORDEM, "Os estados de exceção constitucional: problemática e regime jurídico", *Scientia iuridica*, Braga, t.44n.256-258(Jul.-Dez.1995), pp. 246 e ss; VICENTE ALVAREZ GARCIA, *El concepto de necesidad en derecho publico*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 31 e ss; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Estado de exceção no direito constitucional: entre a eficiência e a normalidade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, 2 volumes, *passim*; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, "Revisitando o estado de necessidade", in *Estudos de Direito Público*, I, Francisco Paes Marques, José Duarte Coimbra, Tiago Fidalgo de Freitas (Coord.), Coimbra: Almedina, 2019, pp. 135-162; AA. VV., *Direito administrativo de necessidade e de exceção*, Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa: AAFDL, 2020, *passim*.

9 Cf. PAUL GRAGL, "Lawless Extravagance: The Primacy Claim of Politics and the State of Exception in Times of COVID-19", in *Pandemocracy in Europe Power, Parliaments and People in Times of COVID-19*, Matthias C Kettmann and Konrad Lachmayer (eds), Oxford; New York: Hart, 2022, p. 13 e ss.

A necessidade de uma juridicidade de excepcionalidade e, portanto, a sua mobilização, tem-se tornado mais evidente nos tempos recentes. Para tal, muito contribui a configuração da atual *sociedade de risco*¹⁰ e o fato de vivermos num *mundo globalizado* (econômica e socialmente¹¹) em que apesar da distância física tudo parece estar próximo, como, aliás, revela a (ainda) atual crise sanitária provocada pelo surto de covid-19, que no prazo de poucos meses se alastrou do seu foco de origem (China, na cidade de Wuhan) para todo o mundo.

Perante calamidades deste tipo, o direito público *não podia e não pode* ficar indiferente, ou seja, perante os efeitos nefastos que as calamidades públicas representam para a "*salus populi*" é facilmente compreensível que os entes públicos tenham de desencadear todos os meios à sua disposição para repor a normalidade¹². Portanto, de modo a que se garanta a "*rule of law*" torna-se imprescindível a previsão de regimes que apresentem a *flexibilidade necessária para acudir aos interesses públicos que se encontram ameaçados* – regimes que permitam responder a estados de necessidade pública, ou, por outras palavras, regimes de direito público da excepcionalidade.

5. Estes regimes de juridicidade excepcional, que revelam *poderes públicos de excepcionalidade*¹³, por um lado, *tornam lícitas certas atuações públicas* que em contextos de juridicidade de nor-

10 Cf., entre muitos, ULRICH BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern*, Suhrkamp Verlag KG, 1986, *passim*; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna: Il Mulino, 1999, *passim*; CARLA AMADO GOMES, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 15 ss; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma - Bari: Laterza, 2001, *passim*; A. G. FREITAS MARTINS, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, 2002, pp. 12 ss.; Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma Bari: Laterza, 2002, *passim*; CARLA AMADO GOMES, «Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o "princípio da precaução"», in *textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa: AAFDL, 2005, pp. 147 ss; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari: Laterza, 2006, *passim*; W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, Torino: Einaudi, 2005, pp. 16 e ss.

11 Pode ainda pensar-se no risco dos atentados terroristas, agravado pela grande mobilidade das pessoas e pelas enormes possibilidades de comunicação oferecidas pela telemática, que obrigam os Estados contemporâneos a procurar um difícil equilíbrio entre segurança e liberdade, entre a proteção dos direitos adquiridos e a emergência de novos direitos e exigências sociais, mantendo firmes os princípios e as garantias constitucionais. Em geral, sobre a globalização, cf. SERGE LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo*, Torino: Bollati Boringhieri, 1992, *passim*; JEREMY BRECHER / TIM COSTELLO, *Contro il capitale globale*, Milano: Feltrinelli, 1996, *passim*.

12 Cf. VICENTE ALVAREZ GARCIA, *El concepto de necesidad...*, pp. 49 e ss.

13 Entre muitos, cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, "Revisitando o estado de necessidade...", pp. 135-162.

malidade seriam ilícitas, por outro, para fazer face às situações de estados de excepcionalidade, podem criar situações de desigualdade entre os cidadãos e, em particular, impondo, por exemplo, *encargos especiais aos agentes de certos setores da atividade económica ou social privada*, desde logo, que melhor se encontram posicionados para auxiliar na resposta à eliminação do contexto temporário de excepcionalidade.

Por fim, não raro, acresce que, nestes contextos de excepcionalidade, os entes públicos se vêm obrigados a apoiar as populações e empresas mais afetadas pela calamidade pública, concedendo apoios de diversa ordem (financeira, fiscal, etc.)¹⁴, seja por razões de solidariedade, seja por razões de fomento económico. Estes apoios devem ser considerados aquando da atribuição de uma eventual indenização pelo sacrifício sofrido.

6. As situações de “necessidade pública”¹⁵ ou de “Estado”¹⁶ surgem como fonte de direito¹⁷ no sentido de que os poderes públicos devem atuar ao abrigo de uma normatividade adequada à situação excepcional, sob pena do desfasamento da atuação pública ser revelador da incapacidade de os poderes públicos responderem adequadamente à proteção dos interesses públicos em crise¹⁸.

Ou seja, as situações de excepcionalidade ditam a sua própria juridicidade¹⁹, impondo aos competentes órgãos públicos que respondam de modo adequado, substituindo a “legalidade da normalidade” por uma “legalidade da excepcionalidade”. O estado de necessidade pública está abrangido pela ideia de Direito,

14 Sobre alguns destes tipos de apoios, cf. RICARDO PEDRO, *Fundos Europeus Estruturais e de Investimento e Auxílios Públicos: Estudos de Direito Administrativo Nacional e Europeu*, Lisboa: Almedina, 2020, *passim*.

15 Cf. VICENTE ALVAREZ GARCIA, *El concepto de necesidad...*, pp. 31 e ss.

16 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República portuguesa...*, p. 399.

17 Cf. VITTORIO ANGIOLINI, *Necessita ed emergenza nel diritto pubblico*, pp. 86 e ss.

18 Subjacente está a ideia de que os poderes públicos devem assegurar as funções para que foram criados, mesmo que para tal não encontrem cobertura numa lei positiva. Neste sentido, cf. VICENTE ALVAREZ GARCIA, *El concepto de necesidad...*, p. 299.

19 Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, I, pp. 567 e ss.

por um princípio da juridicidade²⁰, desde logo, pelo artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, que habilita, muitas vezes, um agir sem a mediação da lei.

Está em causa uma legalidade alternativa²¹, uma legalidade excepcional²², *rectius*, uma juridicidade de excepcionalidade²³ – *uma juridicidade substitutiva e temporária* – a que a Administração (e restantes poderes públicos) “fica[m] sujeita[os], em estado de necessidade, a uma mais ampla, mas paradoxalmente mais rigorosa, forma de atuação jurídica, a obediência ao Direito ou à ideia de Direito que emana do ordenamento jurídico no seu todo”²⁴.

Esta juridicidade substitutiva pode resultar da aplicação de alguns princípios gerais da atuação pública previstos na Constituição, por via da imediata obediência à Constituição sem que haja necessidade de uma mediação legislativa²⁵ ou em cumprimento do estado de necessidade administrativa previsto no Código do Procedimento Administrativo (CPA) e, quando a situação de necessidade estadual tiver sido declarada formalmente, resultará dos regimes criados para o efeito, como acontece nos casos de estados de emergência ou de sítio ou situação de calamidade pública.

É neste contexto que deve ser compreendida a situação de crise sanitária provocada pela covid-19, que pode ser qualificada com um fato notório e que provocou a doença e morte de milhares de pessoas em todo o mundo; aliás, deve ser considerada como uma situação paradigmática de excepcionalidade jurídica.

20 Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “O estado de necessidade e a urgência em Direito Administrativo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1999, Abril, p. 482.

21 Cf. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 998; JULIANA GOMES MIRANDA, *Teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 116.

22 Cf. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, “Revisitando o estado de necessidade...”, p. 139.

23 Cf. JOSÉ M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Lisboa, 1987, pp. 283 e 768.

24 Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “O estado de necessidade...”, p. 462.

25 Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL/MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, “O estado de necessidade...”, p. 350. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 997, refere-se a “um afastar das normas jurídico-positivas habitualmente reguladoras da função administrativa”.

2 - TÉCNICAS INDENIZATÓRIAS

2.1 - INTRODUÇÃO

7. A figura da indenização pública surge muito frequentemente associada aos estados de excepcionalidade jurídica enquanto mecanismo regulador da Justiça que um sistema de justiça de um Estado de Direito não pode esquecer.

Tal acontece uma vez que a ideia subjacente ao direito público de excepcionalidade é de convocar sobretudo uma *lógica de justiça material*, pois a exceção dá-se mal com o tempo (normal) de resposta jurídica que exige a forma e o procedimento (normal). Não por outra razão, o princípio da legalidade em sentido estrito é, muitas das vezes, posto de parte para dar lugar a um direito de exceção animado por um princípio de necessidade pública com severas consequências na atuação pública em matéria de (postergação) de competências, procedimentos, habilitações, etc²⁶.

8. Deve ainda ter-se em conta que, no contexto nacional, para além das *regras gerais e regimes específicos* sobre indenização pública, os diplomas relativos a alguns *estados de excepcionalidade jurídica* não deixam de fazer referências ao dever de indenizar precisamente nas situações de atuação pública motivada por necessidade pública.

Destarte, são de ter em conta as principais bases normativas (de legalidade ordinária excecional) habilitadoras da indenização pública em contextos de excepcionalidade previstas no artigo 3.º, n.º 2 do CPA²⁷ e o artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro²⁸. As referidas normas apresentam a utilidade de o legislador

26 JOSÉ DUARTE COIMBRA, MARCO CALDEIRA, TIAGO SERRÃO, *Direito administrativo da emergência: organização administrativa, procedimento administrativo, contratação pública e processo administrativo na resposta à COVID-19*, Coimbra: Almedina, 2020, *passim*.

27 Que dispõe que: “Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas **os lesados têm o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração**”. Destaque nosso.

28 Que prevê o regime do estado de sítio e do estado de emergência, determina que: “Os cidadãos cujos direitos, liberdades e garantias tiverem sido violados por declaração do

confirmar a possibilidade de existência de indenização pública em contextos de necessidade administrativa e de emergência pública. No entanto, não é adiantado o regime específico aplicável para que uma eventual indenização tenha lugar, antes se remetendo para os *termos gerais*. Para uma melhor compreensão sistemática e à luz da unidade do sistema jurídico, importa ter presente que o segundo diploma referido é anterior (1986) ao regime geral de indenização pública vigente - RRCEE (2007) - e o primeiro - CPA (2015) apesar de ser posterior não foi abonado com a merecida discussão sobre a indenização pública em estado de necessidade.

2.2 - INDENIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO

9. Uma das principais respostas que se encontra quando se procura o regime adequado da indenização pública (extracontratual) surge pela mão da figura da indenização pelo sacrifício. Isto é, de acordo com uma boa parte da doutrina portuguesa os danos causados em contextos de emergência e de necessidade (administrativa) encontram resposta no regime previsto no artigo 16.º do RRCEE²⁹, embora tal não esteja expressamente previsto.

Importa notar que uma parte da referida resposta legal surge, em regra, acantonada no âmbito do estado de necessidade *administrativa* e não numa ideia ampla de necessidade pública que inclua todos as outras expressões normativas de excepcionalidade. Destarte, a referida resposta surge na sequência da compreensão

estado de sítio ou do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade, designadamente por privação ilegal ou injustificada da liberdade, têm direito à correspondente indemnização, nos termos gerais". Destaque nosso.

29 As referências aqui consideradas têm apenas em conta o regime da indemnização civil extracontratual vigente, em particular, o RRCEE. Cf. REBELO DE SOUSA/SALGADO MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2008, p. 23; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas - Anotado*, Coimbra Editora, sl, 2008, p. 305; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, "Revisitando o estado de necessidade...", p. 142; CARLA AMADO GOMES, "A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência", *Revista do Ministério Público*, n.º 129, janeiro/março de 2012, pp. 9-17; PEDRO MACHETE, "Anotação ao artigo 16.º", in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e Demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, pp. 463 e ss. Em sentido distinto, defendendo a aplicação do regime da responsabilidade civil pública, cf. CARLA AMADO GOMES, "Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas", *e-Pública* Vol. 7, no. 1, abril de 2020, pp. 170-183.

do regime de necessidade administrativa previsto no artigo 3.º, n.º 2 do CPA em que a atuação motivada por interesse público geradora de danos pode conduzir a que os lesados tenham o direito de ser indenizados nos termos gerais da "responsabilidade da Administração".

Já a outra parte da resposta legal – a prevista no artigo 2.º, n.º 3 da Lei n.º 44/86, de 30 de setembro – dedica-se a contextos de *estado de sítio ou do estado de emergência*, tratando-se de uma norma com outra amplitude. Isto porque vai além da reparação de danos causados no exercício da função administrativa, cobrindo ainda os danos causados no âmbito do exercício da função legislativa e da função de administração da justiça (desde logo, pela referência expressa do preceito: "*designadamente por privação ilegal ou injustificada da liberdade*" – o que parece convocar a aplicação do Código de Processo Penal, *maxime* artigos 225.º e 226.º³⁰).

10. A figura da indenização pelo sacrifício prevê que, em caso de conflito entre interesses públicos e privados e no caso de aqueles deverem prevalecer, sacrificando legitimamente estes, devem os particulares ser compensados, por imposição do princípio do Estado de Direito e de igualdade de tratamento e, sublinha-se, é aplicável a todas as funções estaduais.

Essa figura já foi, em certa medida, mobilizada pela jurisprudência nacional no contexto dos danos provocados pela crise sanitária resultante da covid-19. Assim, no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo ("STA"), de 18 de fevereiro de 2021, P. 0136/20.1BALS³¹, foi solicitada uma indenização pública pelos causados pela covid-19, em sede de *providência cautelar (regulação provisória do pagamento de quantias)*³² em virtude do encerramento prolongado de um bar/discoteca. Este Tribunal começou por qualificar a situação de excepcionalidade pandémica causada

30 Sobre o tema, cf. RICARDO PEDRO, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça: fundamento, conceito e âmbito*, Lisboa: Almedina, 2016, pp. 462 e ss

31 Todos os acórdãos citados podem encontrar-se em www.dgsi.pt

32 Sobre esta, cf. RICARDO PEDRO, *Contributo para o estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado...*, pp. 180 e ss.

pela covid-19 por apelo aos conceitos de “situação de calamidade”, “acidente grave” e de “catástrofe”, tendo a decretação do estado de exceção se apresentado como uma medida de defesa da situação de perigo a justificar a licitude do referido encerramento.

Ou seja, no contexto de uma tutela provisória, uma vez qualificada a situação de excepcionalidade jurídica, afastou-se a hipótese de ilicitude pública. Por fim, por apelo às figuras da responsabilidade civil por fato legislativo e da indenização pelo sacrifício, veio este Tribunal a considerar que os danos sofridos pelo bar/discoteca não apresentavam qualificação de *anormais*, pelo que não deveria ter lugar uma indenização pública, ou seja, não se encontraria verificado o requisito (cumulativo) *fumus boni iuris* exigido para o provimento da providência cautelar³³.

11. Apesar de não ser o local indicado para a análise do referido aresto, sempre se referirá que, em abstrato, se podem equacionar três situações (mais) paradigmáticas em que a indenização pública tende a ser convocada no contexto da crise sanitária provocada pela covid-19 (sendo que uma delas é tratada no aresto em referência): (i) eventuais danos sofridos por todos aqueles estiveram sujeitos a confinamento social; (ii) eventuais danos sofridos por certos setores de atividade económica, que tiveram de encerrar os seus estabelecimentos comerciais durante determinado período; (iii) danos e prejuízos sofridos por certas empresas que foram obrigadas a direcionar a sua produção para o auxílio no combate ao surto de covid-19 (por exemplo, produção de máscaras, ventiladores). Só interessa aqui evidenciar os três paradigmas de uma perspetiva abstrata.

Em termos sintéticos, e apenas tendo em consideração a figura da indenização pelo sacrifício³⁴, nas três referidas situações, devem fazer-se dois testes cumulativos, impostos pelo princípio da igualdade no contexto indenizatório (igualdade perante os encargos públicos): (a) apurar se os *danos sofridos são especiais*, no sentido

³³ Posteriormente, teve lugar recurso deste aresto para o Pleno da Seção do Contencioso Administrativo do STA, que manteve a improcedência do pedido cautelar (cf. acórdão do STA, de 1.07.2021, P.0136/20.1BALSB).

³⁴ Cf. *supra* n.º 9.

de afetarem a esfera jurídica de um indivíduo ou um grupo de indivíduos e não toda a população; (b) apurar se os *danos sofridos são anormais*, porque ultrapassam os custos próprios de vida em sociedade. Assim, por referência às três situações adiantadas:

(i) os eventuais danos sofridos por todos aqueles estiveram sujeitos a confinamento, em regra, não passam no primeiro teste, pelo que não gerarão dever de indenizar.

(ii) os eventuais danos sofridos por certos setores de atividade económica, que tiveram de encerrar os seus estabelecimentos comerciais durante determinado período, podem gerar algumas dúvidas em sede de atribuição de indemnização pública. Duvidas que não assentam na verificação do requisito da especialidade dos danos, uma vez que se está perante um grupo determinado de indivíduos/empresas. As dúvidas podem colocar-se quanto ao requisito/teste da *anormalidade do dano*. Na verdade, a resposta à verificação deste teste deve operar em concreto, isto é, em face da fatualidade alegada e provada no processo judicial (ou arbitral). Isto porque, em abstrato, tal requisito pode estar verificado, nada impedindo que, à luz do caso concreto, se apure que tais indivíduos/empresas, desde logo, em face do desenvolver da pandemia e das medidas adequadas para o seu combate³⁵ consigam provar que, por exemplo, a partir de determinado momento temporal as medidas a que estiveram sujeitos lhes impuseram um dano anormal. Ou seja, só em concreto se pode apurar se tais indivíduos/empresas estão/estiveram ou não a suportar um prejuízo que ultrapassa os custos próprios de vida em sociedade. Importa ainda ter em conta que, dado o nível de exigência aqui seguido, na apreciação das responsabilidades públicas, o mesmo nível de exigência deve ser imposto aos eventuais lesados, pelo que lhes é exigível que tenham desencadeados todos os meios à sua disposição para evitar a produção de danos, sob pena de redução ou mesmo exclusão indenizatória – por imposição do regime da *culpa do lesado*, previsto no artigo 4.º do RRCEE³⁶.

35 A resposta à crise sanitária é (deve ser), naturalmente, *dinâmica*, devendo ser ajustada, à experiência acumulada de resposta e aos desenvolvimentos científicos, entretanto, ocorridos, de modo a restringir o mínimo possível, desde logo, do direito de liberdade de iniciativa económica.

36 Sobre este regime, entre muitos, RICARDO PEDRO, *Estudos sobre administração da justiça e responsabilidade civil do Estado*, Lisboa: AAFDL, 2016, pp. 30 e ss.

Acresce que, os montantes recebidos a título de apoio devem ser descontados numa eventual indenização pública.

(iii) os danos e prejuízos sofridos por certas empresas que foram obrigadas a direcionar a sua produção para o combate à covid-19. Tudo leva a crer que estão verificados os dois requisitos, levando a um dever de indenizar. Aliás, a situação assume tal tipicidade que o legislador há muito que criou um regime jurídico para tal, por via da requisição de pessoas e bens³⁷.

2.3 - RESPONSABILIDADE CIVIL PÚBLICA

12. Como acima se referiu, não pode deixar de considerar-se que, caso as atuações públicas, violem os limites do estado de exceção/necessidade pode haver lugar a responsabilidade civil por violação da juridicidade de excepcionalidade. Ou seja, *pode entrar em cena o regime da responsabilidade civil pública*, pois a juridicidade de excepcionalidade apenas tem o condão de "*juridificar*" as ilegalidades diretamente causadas pela excepcionalidade real e não as ilegalidades culposas³⁸ ou, se se preferir, as *situações excepcionais subjetivas*, isto é, criadas pelo servidor público por culpa sua ou por culpa do serviço.

Situações, aliás, que no enquadramento correcto do estado de necessidade de administrativa, levam a que este esteja afastado se for criado pela Administração – constituindo um requisito negativo do estado de necessidade administrativa: *não ter a ocorrência sido provocada pelo agente público*³⁹. Por outras palavras, na distinção entre *estado de necessidade objetivo* e *estado de necessidade subjetivo* só o primeiro é causa de exclusão da ilicitude e causa de justificação da culpa⁴⁰.

37 Sobre o tema, cf. MARIANA MEIO EGÍDIO, A requisição de pessoas e bens, in *Direito administrativo de necessidade e de excepção*, coordenação de Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 385-412.

38 A verificação de uma ilicitude culposa resultante, ainda que no contexto de uma situação de excepcionalidade, releva ainda - para além da responsabilidade civil dos entes públicos - para efeitos de determinação da *responsabilidade civil do servidor público e do direito de regresso*.

39 Cf. MANUEL SÉRVULO CORREIA, "Revisitando o estado de necessidade...", pp. 150 e ss.

40 No âmbito do direito privado, cf. FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio*

A apreciação do requisito *ilicitude* deve merecer um especial cuidado nas situações de exceção jurídica, o que, por consequência, impõe uma especial atenção à jurisprudência. No contexto da crise pandêmica criada pela covid-19, o julgador deve ter um especial cuidado na aferição deste requisito indenizatório, seja *por ação ou por omissão administrativa*, podendo, em concreto, revelar-se necessário atender ao estado de desenvolvimento da ciência ou técnica existente no momento da produção dos danos, assim como aos eventuais deveres de precaução que a atuação pública em concreto reivindica.

De notar ainda que a responsabilidade civil pública pode ter lugar sempre que seja violado o regime de exceção jurídica no exercício da função legislativa ou da função jurisdicional.

A ilicitude pode emergir a vários títulos, seja na sequência de um estado formal de exceção, de um estado de necessidade administrativa ou até ao abrigo de um princípio geral de necessidade/exceção pública, desde logo, por violação (direta ou indireta) do princípio da proporcionalidade na adoção de medidas (administrativas ou outras) e pode verifica-se em todas as funções estaduais.

2.4 - CAUSAS DE EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO PÚBLICA: FORÇA MAIOR

13. O Estado (e demais entidades públicas) deixará de ser responsável sempre que se verifique uma *causa de exclusão de indenização pública*. Ou seja, podem ter lugar causas de isenção de indenização pública ou pressupostos negativos⁴¹. Embora as causas de exclusão não resultem de forma expressa do RRCEE, emergem do tratamento harmonioso da responsabilidade civil no contexto da unidade de todo o ordenamento jurídico⁴².

sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 1995, p. 252.

41 Cf. FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...*, p. 56.

42 Entre nós, cf. PAULO OTERO, "Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual

Na situação de crise criada pela covid-19, assume especial relevância a causa de exclusão de indenização pública da *força maior* (“*damnum fatale*”) que, apesar de expressamente prevista no artigo 11.º, n.º 1, do RRCEE, a propósito da responsabilidade civil pelo perigo, se deve estender também à responsabilidade civil por fato ilícito⁴³ e, salvo melhor opinião, ao regime da indenização pública em geral.

A nossa jurisprudência superior, no contexto da responsabilidade civil privada, define a *força maior* “*como excludente da culpa e até da responsabilidade civil lato sensu [e] tem ínsita uma ideia de inevitabilidade, ligada a uma ação do homem ou terceiro e, em muitos casos, a fenómenos da natureza, que por serem incontroláveis e nem sequer previsíveis pela vontade do agente, não são passíveis de imputação pelas suas consequências, configurando-se como evento contra o qual nada pôde fazer por maior que tivesse sido a sua diligência*”⁴⁴. Também o STA⁴⁵ tem aceiteado que a figura da *força maior* deve ser aplicável no contexto da responsabilidade civil pública⁴⁶.

14. No âmbito da indenização civil pública o efeito da *força maior* é no sentido de não serem indenizáveis os danos decorrentes de eventos ou circunstâncias que não poderiam ter sido previstos ou evitados de acordo com o estado da ciência ou técnica existente

da administração pública por fato ilícito”, in Jorge Miranda (Coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Lisboa: Coimbra Editora, 2010, pp. 965 e ss.

43 Cf. PAULO OTERO, “Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual...”, pp. 981 e ss; Acórdão do STA, de 8.10.1996, P. 038196.

44 Cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”), de 18.12.2013, P. 3186/08.2TBVCT.G1.S1; de 28.5.2002, P. 02A185; de 27.5.2003, P. 03B3598; de 4.10.2005, P. 05A2167; de 4.10.2007, P. 07B2957; de 11.7.2013, P. 97/05.7TBPVL.G2. Próxima desta figura é a do caso fortuito que tende a ser entendido como se ligando a “*uma ideia de imprevisibilidade do evento, que se tivesse sido previsto, poderia ter sido evitado*”, cf, entre muitos, acórdão do STJ, de 18.12.2013, P. 3186/08.2TBVCT.G1.S1.

45 Para o STA, “*um caso de força maior é todo o acontecimento natural ou ação humana que, embora, previsível ou até prevenida, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências*”. Entre muitos, cf. acórdãos de 14.01.2010, P. 0566/08 que remete para a jurisprudência do STJ (entre outros, cf. acórdãos do STJ, de 9.1.1970, P. 62941; de 10.12.1985, P. 73169, de 26.5.1988, P. 75721, de 27.9.1994, P. 85089, de 10.2.2005, P. 4B2192 e de 29.11.2005, P. 05B3678).

46 Tendo já decidido: “*caso de presunção legal de culpa, verifica-se uma inversão das regras relativas ao ónus da prova, estabelecidas no artigo 342.º do Código Civil, incumbindo ao lesado apenas a prova do fato que serve de base à presunção, e cabendo ao autor da lesão a prova principal de (...) que este se deveu de força maior*”. Cf., entre outros, acórdãos do STA, de 9.03.2006, P. 069/05; de 22.03.2007, P. 01161/06; de 5.12.2007, P. 0655/07.

no momento da produção daqueles. Numa síntese, *estaria em causa um evento imprevisível ou irresistível, provocado por uma causa que escapa à esfera de ação do agente em questão*. Esta exclusão de indenização seria justificada pelo fato de que, nesses contextos, se poder considerar que os danos não foram realmente causados pela atuação de serviços públicos – que escapam ao controle humano –, mas pelo fato que constitui força maior⁴⁷.

No contexto da crise sanitária provocada pela covid-19, o argumento da força maior pode revelar-se, *em abstrato*, merecedor de atenção, devendo, *em concreto*, o ente público a quem seja imputado o dever de indenizar alegar e provar que a exclusão se deve a tal fato – o que nem sempre se revelará fácil. A relevância da força maior, por um lado, é, por regra, variável desde logo em função do momento em que é imputado o dever de indenizar (mais relevante no momento em que surge o evento – em resultado geral de escasso conhecimento científico – e menos relevante quando, em geral, já se encontram respostas adequadas para debelar o interesse público em crise) e, por outro, em muitas situações de indenização pública pode não assumir relevância sempre que haja culpa do agente ou do serviço.

CONCLUSÕES

O princípio de Estado de Direito e instituto da “responsabilidade das entidades públicas” impõem *um princípio geral de indenização* dos danos causados pelos entes públicos no exercício das funções que lhe estejam atribuídas. Este princípio assume valia para a situação de regular funcionamento institucional do Estado de Direito – situações de normalidade jurídica, assim como para situações de excepcionalidade jurídica, isto é, aquelas situações que, em razão de uma necessidade pública, deve entrar em cena uma juridicidade capaz de lidar com o interesse público em crise.

47 Cf. GABRIEL DOMENECH PASCUAL, “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID 19”, *El cronista del Estado Social y de Derecho*, n.ºs 86/87, Marzo/Abril 2020: Corona vírus y otros problemas..., p. 105, disponível em: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-numero-86-87-Coronavirus.pdf>, consultado em 1.11.2021.

Nos *contextos de excepcionalidade* real e fática entra, em regra, em cena uma juridicidade alternativa que, muitas vezes, substitui a juridicidade assente no princípio da legalidade em sentido estrito, afastando regras procedimentais, de competência, etc, como aconteceu com a situação de crise criada pela covid-19.

A necessidade pública de proteger o interesse público em crise pode impor uma redistribuição dos encargos públicos sofridos pelos particulares que, desde logo, auxiliaram no combate à situação causadora de danos, pelo que se torna muito relevante a figura da *indenização pelo sacrifício*, de modo a restabelecer o valor Justiça em face dos diferentes encargos públicos assumidos por certos particulares ou grupos de particulares. Acresce que a atuação pública em contextos de excepcionalidade pode causar danos em virtude da atuação culposa dos servidores públicos, pelo que pode assumir ainda grande relevância a figura da *responsabilidade civil pública* para efeitos de indenizar os danos daí resultantes.

Para além dos pressupostos positivos que convocam a aplicação da figura da indenização pelo sacrifício ou da responsabilidade civil pública, importa que se apure que não se verifica nenhum pressuposto negativo, isto é, uma *cláusula de exclusão de indenização pública*. No contexto de excepcionalidade provocado pela crise sanitária resultante da covid-19, é de destacar a causa de exclusão de indenização pública resultante de *força maior* (enquanto *evento imprevisível ou irresistível*): apesar de, em abstrato, a força maior apresentar valia para exclusão do dever de indenizar, deve o ente público a quem é imputado tal dever, alegar e provar que, em concreto, a covid-19 foi a causadora imediata e única dos danos.

CAPÍTULO 2

LIMITES ORÇAMENTAIS EM ESTADO DE CRISE SANITÁRIA

JOSÉ ROBERTO AFONSO E BERNARDO MOTTA

CLAUDIA JOAQUIM

VILMA DA CONCEIÇÃO PINTO



JOSÉ ROBERTO AFONSO

É pós-doutor em Administração Pública pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa. Foi superintendente do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social do Brasil e assessor técnico do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Nacional Constituinte do Brasil. Atualmente, também é professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, investigador do Centro de Administração Pública da Universidade de Lisboa, consultor técnico da FGV Europe e sócio-fundador da Finance.

BERNARDO MOTTA

É mestre em Economia e Gestão de Ciência, Tecnologia e Inovação pela Lisbon School of Economics & Management. Atua como economista, consultor econômico e financeiro independente, com foco em finanças públicas e inovação. É também sócio da Finance - Estudos e Pesquisas e pesquisador associado do Núcleo de Economia do Setor Público do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas.

**JOSÉ ROBERTO AFONSO
E BERNARDO MOTTA**

POLÍTICAS SOCIAIS: MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL E DIGITAL

A pandemia internacional da Covid agravou a situação social particularmente precária de parcela importante da população brasileira, bem como acentuou as dificuldades a serem equacionadas pelas políticas públicas, sobretudo as sociais. É hora de aproveitar a crise para repensar instituições, regras e práticas. Para além disso importa reconhecer que dados serão como o novo petróleo a mover a economia e a sociedade na nova era digital, cujas transformações foram abreviadas e acentuadas pela pandemia da Covid-19. Ganhou força a ciência dos dados e os seus cientistas se tornam um dos profissionais mais demandados e valorizados no mercado de trabalho. Assim, é necessário preparar as bases para que o uso de dados possa cada vez mais pautar a formulação, a execução, a avaliação e a consolidação das políticas públicas no Brasil.

Pelo lado institucional, como uma possível iniciativa nessa direção, poder-se-ia adotar um Código da Ordem Social, que buscasse harmonizar as ações públicas previstas no Título VIII da Constituição brasileira. Ele é bastante abrangente, compreendendo não apenas Seguridade Social (Previdência, Saúde e Assistência Social, como também Trabalho) e Educação (incluindo Cultura e Desporto), como também Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia, entre outros. A busca de maior eficiência nos resultados e na responsabilização

de autoridades públicas e seus gestores poderia ser dada a partir de uma lei complementar, nacional, que poderia se chamar de Responsabilidade Social, conforme pensamos com Gilmar Mendes, o também Professor do IDP e Ministro do STF.¹ A ideia seria ir até além do que já tem sido preconizado em outros projetos, com a mesma nomenclatura (como defendido pelo Senador Tasso Jereissati²), focados em conseguir financiar uma maior proteção social aos mais pobres e desassistidos.

Na raiz, é preciso reconhecer que essa Ordem Social já está definitivamente abalada pela desocupação anterior à pandemia, que explode com a crise sanitária.³ A exemplo do resto do mundo, a proteção social, incluindo a previdência, foi construída em torno da figura do emprego formal, financiada por empregadores e empregados em cima da folha salarial. Essa estrutura já estava fragilizada antes da chegada do coronavírus, por conta da opção dos empregadores por contratar serviços (no lugar de assinar carteira) e, depois, pela automação crescente (chegando à fase dos serviços), bem assim da tendência mais recente de os próprios trabalhadores, sobretudo os mais jovens, preferindo ser independentes ou empreendedores a ter emprego fixo. Nunca o Brasil teve uma desocupação acima da metade de seus trabalhadores, como registrado no ano passado.⁴

A parcela crescente dos que trabalham sem carteira assinada já deveria saber, mas a pandemia deixou claro a eles que, quando perdem trabalho e renda, não são assistidos pelo seguro-desemprego, assim como, no futuro, ainda que distante, quando envelhecerem, não terão direito à aposentadoria ou, então, receberão um valor baixo diante de suas atuais rendas e necessidades. Em que pese já se ter aprovado uma importante grande reforma previdenciária, ela mirou mais a redução do déficit fiscal e compreende um regime

1 Vide propostas do Min. Gilmar Mendes em debate em <https://bit.ly/3dkFmqL>

2 Projeto de Lei nº 5343, de 2020 - disponível em: <https://bit.ly/3h0j8wy>

3 Dados da PNAD Continua mostram pela primeira vez um nível de ocupação abaixo de 50%. <<https://bit.ly/2BrECQV>>

4 <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/05/indicadores-mensais-do-mercado-de-trabalho-2/>

que tende a perder contribuintes e beneficiários. Importa ir além e se reinventar o conceito de seguridade para que seu custeio não se baseie apenas na folha salarial e para estimular uma autêntica poupança previdenciária, estimulando e protegendo quem poupa para o futuro.

Como o próprio nome diz, o auxílio emergencial não é uma solução estrutural. Não basta só proteger, como será preciso reinserir, na economia, os milhões que já estavam vivendo à sua margem e só passaram a ser vistos depois da pandemia.⁵ Um caminho é transformar um benefício assistencial em trabalhista, que não se limite àqueles que têm emprego formal.⁶

Uma ideia seria adotar um *seguro-destrabalho* e, mais do que se pagar um benefício, condicionar o direito a formação, treinamento e requalificação desses trabalhadores,⁷ inicialmente, até podendo trabalhar em ações públicas alternativas⁸. É o caso do que tem sido chamado de inovação ou empreendedorismo social,⁹ em que os desocupados poderiam ser mobilizados para prestar serviços comunitários e para vender serviços e bens públicos, sob uma lógica de mercado, e não como mera filantropia. Poderia ser essa, também, uma porta de entrada para inscrição em uma nova categoria de MEI-Social – que permitisse, inclusive, ser apoiado pelo Sistema S, e em articulação com Prefeituras, inclusive com políticas

5 Dentre outros, o Banco Mundial também alertou para as mudanças no mercado de trabalho, a quebra do contrato social e a necessidade de um de um nível mínimo universal de proteção social, especialmente na economia informal, através de reformas em subsídios, na regulação do mercado de trabalho e na política tributária - "*World Development Report 2019: The Changing Nature of Work*", 2019, em: <https://bit.ly/3ayoMjL>

6 OIT indicou que, no que se refere a cobertura efetiva para desempregados, o Brasil apresenta uma baixa abrangência, de apenas 7,8% - ver *World Social Protection Report 2017-19: Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals*. 2019, em: <https://bit.ly/2SxMjKz>.

7 Ainda que voltado para pequenas e microempresas (PMEs), a China vem oferecendo, sem custos, treinamentos técnicos e de gestão online bem como promovendo digitalização dos negócios e a adoção de *cloud*. Para panorama das políticas para PMEs ao redor do mundo ver "*Tackling COVID-19: SME Policy Responses*", OCDE, 2020- em: <https://bit.ly/2VsvbqB>.

8 Para maiores detalhes da proposta do seguro destrabalho ver: Afonso, J. R.. Desafios do Distanciamento: Propostas de Seguro-Destrabalho e Inovação Social. In: Mendes, Gilmar; Santana, Hadassah; Afonso, José. (Org.). *Governance 4.0 para Covid-19 no Brasil*. 1ed. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 407-436.

9 O tema tem ganho cada vez mais destaque no Fórum Econômico Mundial, especialmente através da Fundação Schwab para o Empreendedorismo Social, refletindo, por exemplo no Manifesto Davos 2020, em: <https://bit.ly/2Uw4YrP>.

de compras públicas locais e dirigidas.¹⁰ É preciso tirar proveito do fato de o Brasil ser, ainda que, em grande parte, por necessidade, um dos campeões mundiais de empreendedorismo.¹¹ Mais do que isso, cabe destacar o fato de que, mesmo no meio da pandemia, disparou e se bateu recorde de sonho de ter próprio negócio em pesquisa sobre empreendedorismo no país, que, agora, virou uma aspiração de 59% dos brasileiros, com 71% daqueles negócios que se tornam realidade justificando a opção por obter CNPJ por “estar regularizado”.¹²

À parte essas novas formas de proteção social, é preciso que se reorganize toda política social. Há de se nacionalizar sua formulação e modernizar sua gestão. Não apenas os negócios passarão cada vez mais a girar em torno de dados, como, assim, as políticas e as práticas públicas também deverão ser cada vez mais, por eles, moldadas e movidas. Isso deverá vir a provocar uma ruptura radical de comportamento na direção e na gestão da coisa pública. Talvez, não se dê na forma desejada um grande e imediato *bug* do milênio. Mas se espera, ou melhor, se anseia que as evidências possam pautar, de forma crescente, os trabalhos técnicos, desde os *policy makers* do Executivo, como os consultores do Legislativo e até os ajudantes dos juízes. No ditado popular, o Brasil é o país do oito ou oitenta. Precisamos passar de um para o outro.

Os próximos governantes, para tanto, terão de recorrer, talvez até mais do que outros países, para formular e executar políticas e práticas governamentais com base em evidências. Será preciso dar uma guinada radical na situação atual e um choque de uso da ciência como insumo essencial para nortear as decisões públicas. Não será esta uma missão impossível. A começar pela fama do povo de ser inovador, criativo, e se adaptar rapidamente a novas respostas. E, mesmo diante do famoso negociacionista do atual governo federal,

10 Como as infraestruturas urbanas mudarão no mundo pós-pandemia, as prefeituras podem aproveitar mão de obra e negócios locais para avançar nesse sentido. Ver “*Cities after coronavirus: how Covid-19 could radically alter urban life*”, The Guardian, 26/03/2020 - em: <https://bit.ly/2UNeKoo>

11 Dados do GEM 2019 mostram que país apresenta uma taxa de empreendedorismo inicial entre adultos de 23%, a maior dentre os países selecionadas; em : <https://bit.ly/2GhGaiF>

12 GEM Brasil 2020 (SEBRAE e IBQP). <https://bit.ly/2T4f1Xm>

os brasileiros dão a maior prova de confiança na ciência diante da opção por se vacinar, superior à de muitos outros países. O histórico de modernização de ações de governo no Brasil é rico em experiências bem-sucedidas, ainda que pontuais e que precisam ser expandidas e generalizadas.

Para a modernização da política social, em particular, é chave adotar definitivamente o cadastro único de cidadão, que contemplaria todos brasileiros e todos os serviços públicos cobertos pela Ordem Social da dita Constituição Cidadã. Todos os brasileiros, como dito, registrados em um cadastro nacional unificado, com um único número de identificação de cada cidadão. Isso exigiria que existisse um plano nacional integrado para contemplar e harmonizar ações e objetivos de todas as políticas - ou seja, da seguridade social (previdência, assistência, saúde), passando pela educação, e contemplando, também, assistência ao trabalhador (inclusive, seguro-desemprego), ciência e tecnologia e assistência às minorias (como indígenas).

Todas as ações dos diferentes níveis e unidades de governo precisariam estar harmonizadas e ser consistentes e coerentes entre si. Assim, por exemplo, quem não estiver em idade ou condições de trabalhar poderia ser atendido pela rede de assistência social - depois, se comprovasse não ter renda, poderia fazer jus a benefícios, como do Bolsa-Família, ou receber apoio de governos estaduais e municipais, como creches infantis, asilos e restaurantes populares. A tal rede não poderia ascender os brasileiros que não atendessem aos critérios - a menos que pagassem, aí sim, por todo o serviço.

Já a parcela da população em idade de estudar e não trabalhar poderia ser cadastrada e acompanhada no acesso aos sistemas de educação, da Infantil até o Ensino Médio. Outros serviços poderiam estar vinculados e sempre exigida a coparticipação, mesmo com valores irrisórios. Deveria haver um estímulo a quem estuda (e trabalha ou não), que seria negado àqueles que podem e não estudam. Quando em idade e condições de trabalhar, poderiam ser inseridos em programas de formação e de requalificação profissional, que deveria contemplar todas as instituições de Ensino Superior somadas ao Sistema S e a outras entidades profissionais.

O fato é que todo e qualquer brasileiro, em qualquer momento de sua vida, estaria vinculado a uma das diferentes redes que compõem um sistema nacional e único de proteção social responsável. Essa qualificação tanto cabe ao Poder Público, que estaria obrigado a prestar serviços ou oferecer benefícios, quanto ao próprio cidadão, que ascenderia de forma responsável. Um bom sinal é o uso de um único e grande cadastro nacional, que fizesse todos os cruzamentos necessários, sobretudo para verificação automática se acesso a um benefício ou a um serviço é permitido àquele cidadão, se ele contribuiu ou se ele reúne condições. Não pode nem se registrar para receber o Bolsa-Família quem já receba renda por outra fonte, seja ou não empregatícia nem é o caso de expurgar depois, mas simplesmente de sequer aceitar inscrição ou abaixá-la automaticamente tão logo receba outra renda.

Enfim, será preciso repensar as fontes de financiamento (que, agora, será a nova prioridade de uma reforma tributária), além de atentar, como nunca se fez, para o conceito de seguridade social.¹³ De outro, será preciso tratar de forma consistente e harmônica as políticas sociais, que não devem se limitar a previdência, saúde e educação. Ajudaria ter um código que procurasse disciplinar e dar consistência e coerência às diferentes ações. No novo normal, na ordem financeira internacional, não se cobrará apenas responsabilidade fiscal, que se mantenham contas públicas em ordem, mas que isso seja feito, também, com responsabilidade social e ambiental, ou seja, protegendo a população e a natureza. O Brasil tem enormes vantagens nessas matérias, até em termos de *expertise* em legislação. A Constituição já contempla um quadro bastante abrangente de políticas sociais no seu título específico e, mais do que nunca, precisa ser colocada à prova.

Sem usar evidências, a política pública corre o risco de se prender a teses passadas que podem ter perdido a validade ou se agarrar a mitos que nunca foram validados. O negacionismo político respalda e estimula a negligência técnica. Por mais que assuste e até

13 No que se refere ao desafio de financiar uma ampliação de programas de proteção social cabe atentar ao alerta de Era Dabla Norris e Changyong Rhee, do FMI "A tentação de instituir transferências de renda universais e "dar dinheiro a todos" deve ser moderada pelo objetivo de garantir apoio adequado aos mais vulneráveis a um custo fiscal razoável". Em: "*Um New Deal para os trabalhadores informais na Ásia*". FMI. <<https://bit.ly/2DcV60a>>

desestimule, há movimentos que possam permitir a ser superados por novas pessoas e novas atitudes. É interessante citar iniciativas em curso em diferentes órgãos públicos do país para se estudar e até para se implantar ações que permitam avaliar e gerir a coisa pública com base em evidências, bem como transpor as exigências crescentes da sociedade mundial por uma governança pública que seja não apenas mais eficiente, como também tenha responsabilidade social e ambiental. Aliás, essas serão tão ou até mais exigidas que a sustentabilidade fiscal, da mesma forma que se passa cada vez mais nas finanças privadas, porque não bastará provar capacidade de se pagar suas dívidas, mas atestar que isso se faz condizente com boas práticas que melhorem a equidade (de renda, de gênero) e o meio ambiente.

Para ilustrar os novos ventos que começam a soprar na gestão pública brasileira, vale mencionar que se tem elaborado reflexões de caráter mais teórico,¹⁴ mapeado as metodologias,¹⁵ capacitado e debatido em eventos disponíveis publicamente e¹⁶ aplicado métodos sofisticados de dados para avaliações¹⁷ e até resultado em prêmios¹⁸ Em particular, chama a atenção o “Guia Brasileiro de análise de dados: armadilhas & soluções”, editado por Shikida, Monasterio e Nery, para ENAP,¹⁹ cobrindo oito temas de governo.

14 Um bom exemplo é o texto para discussão de Maurício Pinheiro, publicado no IPEA, “Políticas Públicas Baseadas em Evidências (PPBes): Delimitando o Problema Conceitual”, em 2020 - ver <https://tinyurl.com/yjr5evzx>. Há uma vasta bibliografia ao final.

15 É o caso do caderno da ENAP n. 75, Boeira et.al., “Mapa de Evidências em políticas públicas: desafios e reflexões sobre a metodologia”, de 2021 - ver: <https://tinyurl.com/ydprg3q4>

Também se pode citar o documento da Rede A Ponte, “Políticas Públicas Baseadas em Evidência” - em: <https://tinyurl.com/yforvya6>

16 Ver ciclo de palestras da ENAP, sob título de “Políticas públicas com base em evidências. O que é? Por que importa? Como fazer?”, sendo a voltada para avaliação disponível em: <https://tinyurl.com/yfuo56s6>

Também é o caso de debate de Bruno Carazza e Leonardo Monasterio, em 21/9/2021, disponível em: <https://tinyurl.com/yerdfgbz>

17 Um exemplo é o trabalho de Sandio dos Santos, “Data Science Aplicado a Dados Abertos do Governo Federal: Estudos de Caso sobre a Economia dos Municípios Brasileiros” - ver em: <https://tinyurl.com/yjqdvs9k>

18 Ver Prêmio Evidência, da EESP FGV, disponível em: <https://tinyurl.com/ygg6j8mr>

19 Disponível em: <https://tinyurl.com/yge9vs88>

A própria governança pública,²⁰ organizada em padrões semelhantes à corporativa, também tem sido objeto de atenção crescente – incluindo desde manual do TCU,²¹ regulação por decreto,²² até crescentes estudos acadêmicos.²³

O uso dos dados pelo governo, como em todo mundo, implicará um processo em que se avance sequencialmente da digitalização de informações públicas para a digitalização do governo em si. Porém, é preciso produzir mudanças mais radicais e promover a transformação digital, que se dá pelo emprego estratégico de recursos e capacidades da organização em prol de mudanças paradigmáticas de processos, operações, cultura e mentalidade.²⁴ Em avaliações internacionais recentes sobre o governo eletrônico, os contrastes brasileiros são curiosos. Em *ranking* da OCDE,²⁵ o índice do Brasil fica na média do bloco, porém é cerca de 40% superior quando se mede a proporção de indivíduos que usam a internet para interagir com autoridades públicas (53% contra 37%). No *ranking* da ONU²⁶, o Brasil fica no 54º lugar, mas, detalhados indicadores, sobe para 20º na oferta de serviços governamentais *online* e para 4º no número de usuários na internet. Isso significa que, embora o Brasil fique muito para trás em infraestrutura e tecnologia, o brasileiro se conecta mais à internet como poucos outros no mundo e, melhor ainda, se conecta aos serviços do governo na internet mais do que habitantes de países ricos, que têm melhor tecnologia e até mais presença do governo, mas não a usam tanto. A vantagem relativa aos outros países está muito mais no brasileiro do que no go-

20 Conceito diferente e muito mais amplo que mera gestão governamental – como bem explicita este debate com Paulo Grazziotin na ENP – em: <https://tinyurl.com/ygn6nkfb>.

Ou ainda, uma boa síntese da conceituação da governança pública, ver Brainard Peteres em revista do TCU: <https://tinyurl.com/yhyjfg3b>

21 Ver “TCU Referencial Básico de Governança Organizacional – 2020”, em <https://bityli.com/GWIA5>

22 Decreto n. 9203, de 22/11/2017, fixou a Política de Governança da Administração Pública Federal – ver <https://tinyurl.com/yf4hz63j>

23 Para uma revisão bibliográfica brasileira recente, ver: Guedes e Silva, 2021 – em: <https://tinyurl.com/yeyqt633>

24 Para o debate sobre conceitos do universo digital, ver Gartner (<https://gtr.it/3rlthFZ>) e Gong & Ribiere (<https://tinyurl.com/yzxznzdc>).

25 Ver “Going Digital Toolkit”, OECD, em: <https://goingdigital.oecd.org/en>

26 Ver 2020 UN, E-Government Survey: <https://tinyurl.com/y6hh9u6r>

verno brasileiro. Isso abre oportunidades imensas para se promover transformações não apenas digitais como sociais. O caminho para isso está na modernização da administração pública brasileira, em suas três esferas de governo.

Enfim, até podem ser considerados naturais o desalento e o descrédito (para não se falar em desespero) em propor transformação digital quando o maior mandatário do país faz questão de anunciar ao mundo que ignora a ciência e que a mentira faz parte da política, que autoridades econômicas se negam a divulgar dados que provocariam desinformação, que parlamentares votam projetos de lei com dezenas de páginas distribuídos poucos minutos antes da decisão, entre outros fatos.

Com o pouco que se pôde citar no espaço curto deste trabalho, existem condições e, sobretudo, técnicos e cientistas que, longe dos holofotes e com muito esforço, resistem e promovem a ciência - que passa também por Administração, Economia, Contabilidade, Direito. Eles vêm se preparando e preparando as bases para que o uso de dados possa cada vez mais pautar a formulação, a execução, a avaliação e a consolidação das políticas públicas no Brasil. Vamos mudar a chave de sem para com evidências na gestão pública.



CLAUDIA JOAQUIM

É mestre em Políticas Públicas pelo Instituto Universitário de Lisboa. Foi secretária de Estado do Orçamento em Portugal. É, atualmente, presidente da Agência para o Desenvolvimento e Coesão.

CLAUDIA JOAQUIM

SISTEMAS POLÍTICOS E GESTÃO DE CRISES: LIMITES ORÇAMENTAIS EM ESTADO DE CRISE SANITÁRIA

O PONTO DE PARTIDA

Para refletirmos sobre o presente tema é muito importante analisarmos o ponto de partida de Portugal quando foi decretado, em março de 2020, o estado de emergência, através do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março, na sequência da qualificação pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de situação de emergência de saúde pública ocasionada pela epidemia da doença Covid-19, tornando-se necessária a adoção imediata de medidas sanitárias, sociais e econômicas, de caráter excepcional e temporário.

O ponto de partida de Portugal foi marcado pelo contexto econômico, social e orçamental. Em termos orçamentais, Portugal atingiu, em 2019, o primeiro superavit no saldo orçamental em democracia, registando-se uma evolução muito positiva de consolidação das contas públicas entre 2016 e 2019, que permitiu chegar à pandemia com contas certas, sem as quais teria sido mais difícil implementar medidas extraordinárias com a dimensão e abrangência com que o fizemos.

Destaca-se, para além da consolidação orçamental e da saída do procedimento por défice excessivo, a segunda maior redução da dívida pública da zona do euro entre 2015 e 2019, de 14,6 p.p. do PIB, que contrasta com o aumento da dívida pública entre 2010 e 2015. Destaca-se também a diminuição da taxa de desemprego, de 13% em 2015, para 6,6% em 2019.

Entre 2016 e 2019, foi possível demonstrar que responsabilidade orçamental e contas certas não são sinónimo de austeridade, pois a par da redução do défice e da dívida, foram aumentados salários, pensões, prestações sociais, reforçado o investimento e os serviços públicos. E com isto, Portugal iniciou e consolidou um caminho de confiança e credibilidade externa, mas também de paz social interna.

Foi possível convergir a nível europeu naquele período em termos económicos: a economia portuguesa teve um crescimento médio de 2,8%, 0,8 p.p. acima da média da zona do euro.

Foi, em grande medida, esta trajetória de convergência e de consolidação orçamental que permitiu uma melhor e mais eficaz resposta à crise pandémica e às consequências económicas e sociais que adviriam.

Naturalmente que em Portugal, como nos restantes países, subsistem impactos da pandemia aos quais será necessário fazer face nos próximos meses, com medidas de recuperação. Medidas essas de natureza diferente daquelas extraordinárias e imediatas que têm vindo a ser adotadas.

Passados quase dois anos de pandemia, os resultados evidenciam níveis de taxa de desemprego inferiores ao pré-pandemia, o que nos leva a concluir que as medidas adotadas foram direcionadas de forma eficaz para a manutenção dos empregos, dos postos de trabalho e da capacidade produtiva, objetivos muito importantes que foram alcançados e que permitem que atualmente se encontrem reunidas melhores condições de recuperação e crescimento, essenciais para este período pós-pandemia.

O COMBATE À PANDEMIA E À CRISE ECONÔMICA E SOCIAL

Em 2020, com o surgimento da pandemia, enfrentámos a maior crise econômica de escala global desde a 2ª guerra mundial. Desde a primeira hora, o governo português procurou responder à crise com solidariedade, e não com austeridade.

Foram criados apoios massivos de resposta direta e imediata às empresas e às famílias, de apoio à manutenção do emprego e aos rendimentos e adotadas medidas noutras áreas como a educação, ao nível da recuperação de aprendizagens dos nossos alunos.

Foi feito um reforço muito expressivo do Serviço Nacional de Saúde, através da contratação de profissionais de saúde (o setor da saúde foi reforçado com cerca de 10 mil profissionais desde o início da pandemia) e de aquisições de equipamentos, como Equipamentos de Proteção Individual (EPIs). Implementou-se um programa de vacinação reconhecido internacionalmente e procedeu-se à aquisição de vacinas.

A resposta à crise foi muito exigente, por parte de todos os cidadãos, do governo, dos agentes econômicos e sociais e dos serviços públicos. Alguns dos efeitos da crise pandêmica continuarão a exigir medidas específicas de recuperação.

Destacam-se alguns dos resultados positivos alcançados:

- Portugal tem a maior percentagem de população vacinada contra a Covid-19;
- A taxa de desemprego em setembro de 2021 situou-se nos 6,4% (menos meio milhão de desempregados do que na anterior crise de 2013, quando a taxa de desemprego superou os 18%);
- O nível de emprego já é superior ao período anterior à pandemia e atingiu o valor mais elevado dos últimos 12 anos. Portugal conseguiu manter a sua capacidade produtiva determinante para assegurar a recuperação econômica em curso;

- Foi mantida, mesmo com a crise sanitária, a credibilidade internacional conquistada entre 2016 e 2019, permitindo a poupança de perto de 3.000M€ de juros da dívida face a 2015;

- Ao contrário do que aconteceu na crise financeira de 2011, os mercados reagiram de forma muito positiva. Em setembro de 2021, Portugal foi um dos primeiros países do mundo a alcançar uma subida do rating desde o início da pandemia. Um nível de *rating* que a Moody's não nos atribuía desde 2011.

Não obstante este foi e continua a ser um período exigente ao nível da gestão orçamental.

Em 2020, foi aprovado um orçamento suplementar, ajustado às enormes exigências do ponto de vista orçamental das medidas adotadas para fazer face às exigências da pandemia naquele ano, o qual serviu também de base para o exercício orçamental seguinte.

O Orçamento do Estado para 2021 (OE 2021), foi apresentado pelo governo e aprovado pela Assembleia da República, com as dotações e com as soluções orçamentais que permitiram a sua execução sem necessidade de orçamento suplementar em 2021, apesar do agravamento da pandemia no primeiro trimestre desse ano, que obrigou a um novo confinamento generalizado e a um forte reforço do apoio às empresas e às famílias. A aprovação do Orçamento do Estado para 2021 foi essencial para que o governo e os portugueses tivessem a estabilidade necessária para ultrapassar as contingências de um ano tão exigente.

A incerteza sobre o surgimento de novas vagas, sobre os níveis de transmissibilidade nas diversas faixas etárias, decisões sobre aulas presenciais ou a distância, apoio às empresas e às famílias e a sua adaptação em função da evolução da pandemia, são exemplos de decisões que envolveram o Ministério das Finanças, pelos impactos na despesa e pelas soluções orçamentais que foram encontradas.

Para tal, foram fundamentais as competências próprias do governo, conferidas pela Lei de Enquadramento Orçamental, assim como as competências que, no Orçamento do Estado para 2021,

a Assembleia da República conferiu ao governo em despesas relacionadas à pandemia.

Os anos de 2020 e de 2021 foram de grande exigência, de dificuldades, de enormes desafios na gestão orçamental. Os instrumentos atualmente em vigor foram se mostrando suficientes, mas será inevitável a identificação de constrangimentos ao nível dos instrumentos de gestão orçamental, conduzindo à percepção de que os mecanismos orçamentais para fazer face a situações tão extraordinárias como os efeitos de uma pandemia deveriam ser outros. Naturalmente que, como em todas as áreas e setores, também ao nível orçamental será importante fazer uma reflexão e uma aprendizagem com esta experiência. E nessa reflexão a academia também é essencial.

É iniciado agora um novo ciclo. Um ciclo que se espera de crescimento, alicerçado no reforço do emprego, da competitividade, da inovação e das qualificações. Um ciclo de melhoria progressiva das condições de vida dos portugueses.

Há dois trimestres consecutivos que a economia portuguesa cresce em cadeia acima da média europeia. Retomamos a trajetória de convergência com a zona euro que se verificava até a pandemia. As estimativas das principais instituições internacionais, como o FMI, confirmam a perspetiva de crescimento de Portugal em 1,6 pontos percentuais superiores à área do euro nos próximos cinco anos. Essas perspetivas estão assentes na promoção do investimento público e privado, em particular, verde e digital.

No primeiro semestre de 2021, registamos o nível mais elevado de investimento público da última década e ultrapassámos o recorde de investimento direto estrangeiro que tínhamos alcançado em 2019.

O Plano de Recuperação e Resiliência (PRR) será também crucial para esta trajetória de crescimento. As subvenções do PRR, que atingem 7% do PIB, um dos níveis mais elevados da zona euro, representam um instrumento fundamental na transformação estrutural da economia portuguesa, através de 8,5 mil milhões de euros

dedicados à resiliência da economia portuguesa, 3 mil milhões de euros para a promoção da transição climática e outros 2,5 mil milhões de euros para a transição digital. Prevê-se, assim, que o PRR acrescente mais de 22 mil milhões de euros à economia ao longo dos próximos cinco anos. No final de 2025, o PIB deverá situar-se 3,5% acima do nível que se teria verificado num cenário sem PRR. Neste contexto, os próximos anos serão determinantes, também ao nível dos instrumentos e mecanismos orçamentais. A execução do PRR é crucial, tendo o governo aprovado um decreto-lei específico para os projetos com financiamento PRR, com o objetivo de agilizar a sua execução, aprovando a partida às autorizações orçamentais necessárias associadas.

GESTÃO ORÇAMENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Os desafios da gestão orçamental colocam-se sempre, em cada ano orçamental, em função do contexto macroeconómico, das medidas de política que cada governo pretende preconizar, da estabilidade governativa, entre muitos outros fatores.

No quadro legal português, a Constituição da República Portuguesa, a Lei de Enquadramento Orçamental (LEO), a Lei de Compromissos e Pagamentos em Atraso, as Leis do Orçamento do Estado e respectivos Decretos Lei de Execução enquadram as regras e os limites de atuação do governo e do Ministério das Finanças em particular.

A ação governativa do Ministério das Finanças é sempre desenvolvida neste contexto e num exercício de permanente acompanhamento, gestão e avaliação da execução orçamental. Só assim é possível, em cada momento, recorrer aos mecanismos de gestão orçamental e deles fazer a utilização mais adequada para fazer face às necessidades que surgem ao longo da própria execução de cada Orçamento do Estado, com o necessário rigor. Por isso, é fundamental reconhecer o percurso que os Orçamentos do Estado cumprem, sustentados num processo e num trabalho muito exaustivo e intenso, desde o início da sua elaboração, até ao momento da discussão e aprovação em Conselho de Ministros.

Findo este processo, segue-se a discussão e aprovação do Orçamento do Estado pela Assembleia da República, seguindo-se, após entrada em vigor, uma necessidade de acompanhamento permanente da execução orçamental. O papel e a intervenção do Ministério das Finanças e do Conselho de Ministros não terminam quando o Orçamento do Estado é elaborado e aprovado pela Assembleia da República.

O acompanhamento da execução orçamental mensal de cada programa de base orgânica, a projeção da evolução da cobrança de receita e da despesa mensualizadas ao longo de todo o ano, fazem parte do dia a dia do Ministério das Finanças, entre muitas outras tarefas. Esse acompanhamento revela-se essencial para ser possível antecipar necessidades de reforço orçamental ou de gestão flexível. É um trabalho permanente de avaliação e de acompanhamento.

Em situações de crise essa exigência torna-se muito maior, com maiores níveis de incerteza, e uma necessidade ainda mais permanente de acompanhamento da execução orçamental, de estimativas de execução e de procura de soluções.

Se essa exigência ao nível da gestão orçamental se torna premente em contextos de crise económica ou financeira, no caso de uma crise sanitária resultante de uma pandemia em escala mundial, com uma enorme dimensão da incerteza, a exigência assume uma proporção ainda maior, sem precedente em Portugal.

Desde o início do ano de 2020 que tem sido esta a realidade com que todos os países se defrontam. A par dos desafios de resposta à crise sanitária estão os desafios orçamentais, o cumprimento dos seus limites no quadro das competências atribuídas ao governo pela Lei de Enquadramento Orçamental e pelo Orçamento do Estado.

Foram dois anos de extrema exigência, em que foi necessário fazer face a uma situação de incerteza, em que a capacidade de resposta tinha de ser imediata e em que os recursos tinham de estar disponíveis. Recordamos, por exemplo, a extrema dificuldade

na aquisição de equipamentos de proteção individual no início da pandemia, fundamentais nos hospitais e nos lares para idosos, e que não estavam disponíveis nos mercados a nível nacional e internacional.

O Orçamento do Estado para 2020 foi elaborado e apresentado em 2019, num cenário de continuidade das medidas de política, sem que fosse possível antecipar o cenário pandémico que veio a acontecer. O Orçamento Suplementar para 2020 veio assim ajustar o Orçamento do Estado às necessidades que a pandemia trouxe, com um reforço orçamental muito significativo, designadamente nos apoios à economia, na manutenção do emprego, no apoio às famílias e no Serviço Nacional de Saúde.

No caso do Orçamento do Estado para 2021, foi muito importante a sua aprovação, pois concedeu a todos – aos portugueses e ao governo – uma estabilidade que foi, de fato, essencial.

Quando o governo elaborou, aprovou e apresentou na Assembleia da República o Orçamento do Estado para 2021, a incerteza permanecia grande. Estava-se perante a um cenário em que não era expectável uma terceira vaga de pandemia tão forte como aquela que se veio a verificar no primeiro trimestre de 2021, a qual conduziu a uma nova fase de encerramento da economia e de confinamento.

Houve a necessidade permanente de reavaliar e ajustar as medidas de política em função da evolução da pandemia ao longo destes dois anos. A necessidade de dar novamente resposta a um país praticamente confinado, com a generalidade da população em casa, com os alunos a terem aulas a distância, requereu a necessidade ajustar os apoios extraordinários dirigidos às empresas e às famílias, mediante uma avaliação permanente dos seus resultados.

Todas as medidas de política tiveram necessariamente uma intervenção e uma articulação muito estreitas com o Ministério das Finanças, porque só com uma avaliação permanente dos impactos e quantificação das medidas seria possível antecipar necessidades e

encontrar soluções orçamentais, quer dentro do quadro legal quer no Orçamento do Estado aprovado em 2021.

No plano da gestão e do processo orçamental, importa refletir e aprender com a experiência de todo este período, reavaliando os instrumentos orçamentais legalmente previstos em Portugal e ajustando-os a cenários mais atípicos.

Em alguns momentos, teria sido útil o recurso a outros instrumentos orçamentais que permitissem respostas mais céleres, contudo, é certo que foi possível no quadro legal em vigor responder à generalidade das necessidades orçamentais e os instrumentos foram-se mostrando suficientes no reforço do orçamento do Ministério da Saúde, para contratações de profissionais de saúde, para aquisição de equipamentos de proteção individual, de vacinas para a Covid-19, para a implementação de um ambicioso plano de vacinação que permitiu a Portugal tornar-se no país com a maior percentagem de população vacinada, ou na área da educação, com a implementação de um plano de recuperação das aprendizagens.

Houve processos complexos, mas eles foram ultrapassados pelos portugueses, pelos agentes económicos, pelos agentes sociais, pelos serviços públicos, pelo governo, por todos que estiveram focados em conseguir que em 2020 e 2021 as necessidades orçamentais não fossem um constrangimento ou que a ausência de uma solução orçamental pudesse ser um constrangimento. Esse foi um dos grandes desafios que o Ministério das Finanças enfrentou na gestão orçamental.

Os desafios não terminaram. Importa agora implementar medidas de recuperação, num contexto em que se regista uma taxa de desemprego das mais baixas dos últimos anos, demonstrando que as medidas de apoio concedidas permitiram alcançar objetivos essenciais – manter os postos de trabalho, manter o emprego, manter a capacidade produtiva – porque isso também é um fator essencial para podermos recuperar e retomar a trajetória sustentada de crescimento e de sustentabilidade orçamental. É neste contexto, e com este ponto de partida, que Portugal prossegue no período de recuperação, devendo ser esse o foco.

Este ponto de partida é bastante diferente do que se verificou em 2014 e 2015, quando Portugal começava a sair de uma crise, que inicialmente teve uma origem financeira, em que se registaram taxas de desemprego muito elevadas, que chegaram a atingir os 18,5% no 1º trimestre de 2013, e que em 2015 se situava ainda em 13%. Em 2015, estávamos perante um cenário em que houve uma necessidade de recuperação econômica e social, situação distinta da atual.

Estamos perante uma perspetiva de crescimento económico, confirmado pelas instâncias internacionais, assim como uma perspetiva de reforço significativo do investimento, nomeadamente através do Programa de Recuperação e Resiliência.

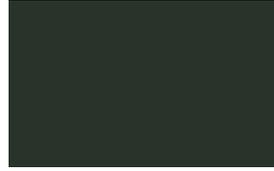
O cenário atual é de recuperação e o desafio é a implementação de medidas que promovam o crescimento económico, a recuperação da economia e a melhoria das condições sociais. Medidas que constam do Orçamento do Estado para 2022, apresentado pelo governo à Assembleia da República, de apoio às famílias, às empresas, de recuperação de rendimentos e de investimentos na saúde, medidas na área social, nas respostas sociais.

Importa também avaliar aqueles que são os instrumentos orçamentais em vigor, nomeadamente a Lei de Enquadramento Orçamental e o Orçamento do Estado, porque foi e é também um processo de aprendizagem. Normalmente, quando o governo elabora e aprova o Orçamento do Estado para o ano seguinte é, naturalmente, com o contexto que existe no momento – com estimativas macroeconómicas e com a definição de medidas de política ajustadas – muito importante que cada Orçamento de Estado mantenha instrumentos de gestão orçamental, com transparência, rigor e reporte de informação (a execução mensal que a Direção-Geral do Orçamento publica mensalmente), através de mecanismos orçamentais, como a gestão flexível, para que haja capacidade de cada programa de base orgânica fazer face às necessidades orçamentais que surgem ao longo da execução.

Por último, outro desafio que se coloca nos primeiros meses de 2022: a gestão orçamental em regime de duodécimos até a entrada em vigor do Orçamento do Estado para 2022¹. Esse é um instrumento que, em Portugal, existe e está definido para as situações em que em 1º de janeiro não entra em vigor um novo Orçamento do Estado. Aplica-se o Orçamento do Estado aprovado no ano anterior (denominado Orçamento Transitório), quer nas regras e artigos que não tinham uma vigência estrita nesse ano, neste caso em 2021, quer nos mapas, mantendo-se em vigor até a aprovação e entrada em vigor do Orçamento do Estado para 2022.

É um reconhecimento de que a forma como o nosso quadro legal - o Orçamento do Estado, a sua execução, a responsabilidade associada aos membros do governo e ao Ministério das Finanças, em particular - tem funcionado e, portanto, é esta reflexão e mensagem que importa deixar num debate com a natureza deste, que visou discutir, no âmbito dos sistemas políticos e gestão de crises, os limites orçamentais numa situação absolutamente extraordinária, de crise sanitária.

1 A proposta de Orçamento do Estado para 2022 não foi aprovada pela Assembleia da República, levando à dissolução deste Assembleia pelo Presidente da República e à convocação de eleições legislativas que ocorreram a 30 de janeiro de 2022.



VILMA DA CONCEIÇÃO PINTO

É mestre em Economia Empresarial e Finanças pela Escola Brasileira de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Foi pesquisadora do Instituto Brasileiro de Economia da FGV, atuando na área de política fiscal, e assessora econômica na Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Paraná. Atualmente, é diretora da Instituição Fiscal Independente do Senado Federal do Brasil e professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

VILMA DA CONCEIÇÃO

REGRAS FISCAIS NO BRASIL EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA

A pandemia da Covid-19 surpreendeu o mundo, seja em termos sanitários seja em termos econômicos e fiscais. A necessidade de dar uma resposta rápida à crise exacerbou diversas fragilidades e, também, alguns pontos fortes das regras fiscais das economias do mundo todo. No Brasil, não foi muito diferente.

Se, por um lado, o quadro fiscal brasileiro apresentava-se frágil, vindo de uma sequência de deficit fiscal e aumento da dívida pública; por outro, o país tinha um arcabouço fiscal que, de certa forma, apresentava algumas características compatíveis com as chamadas regras fiscais de segunda geração ("*second-generation fiscal rules*").

Para Eyraud et al (2018),¹ as regras fiscais de primeira geração tentavam combinar simplicidade e flexibilidade, sem necessariamente implementar mecanismos adequados de fiscalização. As regras fiscais de segunda geração, definidas como aquelas introduzidas a partir da crise financeira global no final da primeira década dos anos 2000, tentavam fortalecer a aplicabilidade das regras, enquanto continuavam a aumentar a sua flexibilidade. Segundo Davoodi

¹ Eyraud, L. et al (2018). **Second-Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability**. International Monetary Fund (IMF). Staff Discussion Notes No. 18/04. Disponível em: <https://bit.ly/3r14WrJ>.

et al (2022),² nas últimas duas décadas muitos países introduziram disposições de flexibilidade em suas regras fiscais. Ainda de acordo com Davoodi et al (2022), antes da pandemia, cerca de dois terços dos países possuíam algum regramento relacionado a situações de emergência (cláusulas de escape) em suas regras fiscais.

No Brasil, o primeiro caso de coronavírus foi registrado em 26 de fevereiro de 2020, e a primeira morte ocorreu no dia 17 de março de 2020.³ A despeito do que se observava em outros países, e seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), a necessidade de medidas de distanciamento social⁴ era vista como a única estratégia reconhecida até o momento para prevenir a disseminação do vírus. Porém, essas medidas impactaram negativamente a atividade econômica, de modo que, para viabilizar a adesão às restrições impostas diante do quadro de pandemia e minimizar os efeitos econômicos, houve a necessidade de socorrer famílias, empresas e governos (subnacionais).

Assim, para viabilizar a execução de gastos durante o período de pandemia, foi preciso afastar temporariamente as regras fiscais brasileiras. Em 2018, a Instituição Fiscal Independente (IFI) do Senado Federal mapeou um total de 11 (onze) regras fiscais no país⁵, porém as mais relevantes são: (i) meta para resultado primário e nominal; (ii) limite para execução de despesas primárias, conhecido como teto de gastos ou novo regime fiscal; e (iii) limite para endividamento, que apesar de previsto na Constituição para todos os entes federados, ainda não foi regulamentado para a União.⁶

2 Davoodi, H. R. et al, (2022). **Fiscal Rules and Fiscal Councils Recent Trends and Performance during the COVID-19 Pandemic**. Working paper n° 22-11. Disponível em: <https://bit.ly/3JxP5rN>.

3 Ritchie, H. et al (2020). **Coronavirus Pandemic (COVID-19)**. Published online at OurWorldInData.org. Disponível em: <https://bit.ly/3tZVh6B>.

4 “Essas medidas envolvem, por exemplo, reduzir interações sociais, manter trabalhadores em casa e fechar temporariamente estabelecimentos comerciais e industriais” (Brasil, 2020). Mensagem Presidencial n° 93, de 18 de março de 2020. Despacho do Presidente da República. Disponível em: <https://bit.ly/3DNvNgl>.

5 Instituição Fiscal Independente - IFI (2018). Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF). Edição n° 12. janeiro de 2018. Senado Federal. Disponível em: <https://bit.ly/35q4Yly>. Nos anos seguintes, novas alterações constitucionais foram promovidas, a exemplo da criação da regra dos 95%, como ficou conhecida, que permite disparar gatilhos de ajuste fiscal quando, na Lei Orçamentária, as despesas obrigatórias atingirem 95% das despesas primárias, ambas sujeitas ao teto de gastos.

6 Vale dizer que o Capítulo 17 do livro “Reconstrução: O Brasil nos anos 20”, também é

De acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), as metas anuais de resultado primário são estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e valem para o exercício financeiro da LDO e para os dois seguintes.⁷ Além das metas de resultado primário, o anexo de metas fiscais anuais da LDO detalha os parâmetros macroeconômicos, as trajetórias das receitas, as despesas, o resultado primário, nominal e a dívida pública. De acordo com a Lei nº 14.194, de 20 de agosto de 2021 (LDO de 2022), a meta fiscal prevista para 2022 é de deficit primário de R\$ 170,5 bilhões.

O Novo Regime Fiscal (NRF), também conhecido como teto de gastos, foi criado no final de 2016 por meio da Emenda à Constituição nº 95, de 15 de dezembro de 2016. A regra do teto dos gastos definia que as despesas primárias da União deveriam respeitar um limite máximo de despesas ao ano. Esse limite tem como base a despesa executada em 2016, corrigida anualmente pela inflação.

Já sobre o limite de endividamento, a Constituição Federal de 1988 prevê, no inciso VI do artigo nº 52, que é competência privativa do Senado Federal fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Para os estados, o Distrito Federal e os municípios, o limite de endividamento previsto no inciso VI do art. 52 da CF, de 1988, foi regulamentado por meio da Resolução do Senado nº 40, de 2001, mas para a União, como mencionamos anteriormente, ainda não houve regulamentação.

Todas as regras, em menor ou maior grau, já preveem certa flexibilidade para situações de emergência como a que se verificou com a pandemia.

O artigo nº 65 da LRF dispõe que, na ocorrência de calamidade pública, reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos estados e municípios, enquanto perdurar a situação, fica dispensado o cum-

realizado um detalhamento das regras fiscais brasileiras. Neste capítulo, os autores alertam para necessidade de harmonização das regras fiscais. Salto, F.; Tinoco, G. e Pinto, V. (2022). **Regras fiscais e a responsabilidade com as contas públicas**. In: Salto, F.; Villaverde, J.; e Karpuska, L. (Orgs.). **Reconstrução: O Brasil nos anos 20**. Série IDP. Ed. Saraiva Jur. Capítulo 17. Pág. 385-407.

7 Art. 4, § 1º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

primário da meta de resultado primário e também da necessidade de limitação de empenho.⁸

De forma adicional, a CF, de 1988, prevê que a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.⁹ No caso do NRF, os créditos extraordinários não são sujeitos ao teto de gastos.

Porém, mesmo que de certa forma as regras fiscais, neste caso, primário e teto dos gastos, contenham cláusulas de escape para conferir flexibilidade em situações emergenciais, o Congresso Nacional reconheceu, nos termos do art. nº 65 da LRF, a situação de calamidade pública, e assim viabilizou as ações econômicas, fiscais e sanitárias durante o período da pandemia.

Desta forma, com o advento da pandemia, o Presidente da República enviou mensagem presidencial¹⁰ no dia 18 de março de 2020, solicitando o reconhecimento de calamidade pública, em atendimento ao artigo 65 da LRF. Na mensagem, foi explicitado que “o reconhecimento, pelo Congresso Nacional, da ocorrência de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020, em função da pandemia do novo coronavírus, viabilizará o funcionamento do Estado, com os fins de atenuar os efeitos negativos para a saúde e para a economia brasileiras.”

Apenas dois dias após o envio da mensagem, o Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, reconheceu a calamidade pública, com vigência até 31 de dezembro de 2020. O decreto legislativo nº 6, de 2020, também instituiu uma comissão mista do Congresso Nacional, com o objetivo “de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública.”

8 O art. 65 da LRF também dispensa o cumprimento e/ou retorno ao limite de outras regras fiscais em casos de calamidade pública, como despesas com pessoal e limite de dívida consolidada, mas vamos nos ater apenas as metas de resultado primário e ao teto dos gastos.

9 § 3º, inciso XIV, Art. 167, da CF, de 1988.

10 Brasil (2020). **Mensagem nº 93**. Despacho do Presidente da República. Publicado em: 18/03/2020. Edição: 53-A, Seção: 1 - Extra, Página: 1. Disponível em: <https://bit.ly/3LILspI>

Assim, após a publicação do decreto de calamidade pública, o governo federal conseguiu adotar uma série de medidas econômicas. Até o mês de abril de 2020, as medidas com impacto no resultado primário da União somavam R\$ 349,4 bilhões, enquanto que as medidas sem impacto no resultado primário chegavam a R\$ 3,2 trilhões.¹¹

Vale dizer, dada a relevância da pandemia e a necessidade de viabilizar ações rápidas para o enfrentamento da crise sanitária e de contemplar alguns temas não alcançados pelo disposto no art. 65 da LRF, que no dia 1º de abril de 2020 foi apresentada na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 2020.

No dia 7 de maio de 2020, a PEC nº 10, de 2020, foi promulgada e convertida na EC 106, de 2020. A emenda ficou conhecida como “EC do orçamento de guerra”, e instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia internacional.

A EC do orçamento de guerra permitiu, para além das medidas que já vinham sendo adotadas desde o reconhecimento da calamidade pública, o aumento da transparência na execução orçamentária do regime extraordinário; maior flexibilidade e agilidade para o governo realizar contratações, obras, serviços e compras; dispensa da observância de limitações legais para aumento de despesas e renúncia de receitas; dentre outras questões.

Diante das flexibilizações das regras fiscais, algumas já previstas no arcabouço fiscal e outras excepcionalizadas por meio da EC do orçamento de guerra,¹² foi possível acomodar os gastos para

11 Ministério da Economia - ME. (2020) Divulgação e Transparência das Ações de Enfrentamento ao Covid-19: abril de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3NITVoT>

12 A EC do orçamento de guerra também foi importante para afastar a restrição referente a regra de ouro, além de explicar que o Ministério da Economia publique, a cada 30 dias, relatório com os valores e o custo das operações de crédito realizadas no período de vigência do estado de calamidade pública nacional. A regra de ouro foi criada com o objetivo de evitar que o governo se endivide para financiar despesas correntes. Para Cruvinel e Palos et al (2020), “tendo em vista a situação excepcional, o Poder Executivo está sendo dispensado desta restrição. Este dispositivo tem o intuito de aumentar a transparência de modo que seja evidenciado que as operações de crédito foram utilizadas para o combate à pandemia da Covid-19.” Ver: Cruvinel e Palos, A. G. et al (2020). **Nota técnica expositiva da Emenda Constitucional nº 106/2020.** Câmara dos Deputados. Nota Técnica Conjunta nº 2/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3u2usPj>.

mitigação dos efeitos econômicos e sanitários da pandemia da covid-19 para o período correspondente ao previsto no decreto legislativo nº 06, de 2020, ou seja, até 31 de dezembro de 2020.

Durante o ano de 2020, o governo federal executou medidas de socorro a empresas, famílias e governos subnacionais, de modo que o déficit primário da União passou de 1,2% do PIB, em 2019, para 10% do PIB em 2020. A dívida pública bruta do governo geral saltou de 74,4% do PIB, em 2019, para 88,6% do PIB em 2020.

Os gastos com auxílio à população em situação de vulnerabilidade econômica e social (Auxílio Emergencial) representaram o maior volume de despesa primária executada no âmbito da pandemia. Em 2020, foram R\$ 293,1 bilhões para atendimento de cerca de 65 milhões de pessoas. A tabela abaixo detalha os gastos primários da União executados no âmbito da pandemia no ano de 2020.

Tabela 1. Créditos extraordinários ao orçamento da União - 2020 (R\$ Bilhões)

Despesas com Covid-19 em 2020 (R\$ Bilhões)	Previsto	Pago
Auxílio Emergencial a Pessoas em Situação de Vulnerabilidade	322	293,11
Auxílio Financeiro aos Estados, Municípios e DF	79,19	78,25
Cotas dos Fundos Garantidores de Operações e de Crédito	58,09	58,09
Despesas Adicionais do Ministério da Saúde e Demais Ministérios	46,33	42,7
Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda	51,55	33,5
Concessão de Financiamento para Pagamento de Folha Salarial	6,81	6,81
Programa Emergencial de Acesso a Crédito - Maquininhas	10	5
Financiamento da Infraestrutura Turística	5	3,08
Aquisição de Vacinas	24,51	2,22
Transferência para a Conta de Desenvolvimento Energético	0,9	0,9
Ampliação do Programa Bolsa Família	0,37	0,37
TOTAL	604,75	524,02

Fonte: Prestação de contas do Presidente da República (PCPR) de 2020. Elaboração própria.

Nota-se que o arcabouço de regras fiscais que existia no país não representou grandes dificuldades à ação do Estado para lidar com a crise sanitária. Os problemas passaram a surgir a partir do ano seguinte, dado que o decreto de calamidade pública e a EC do orçamento de guerra tinham vigência até 31 de dezembro de 2020, mas as perspectivas em relação à crise da covid-19 apontavam para um cenário pessimista de uma nova onda de contágio.

Além da necessidade de continuidade de ações relacionadas aos gastos com saúde, a crise social que se instaurou no país também trouxe luz sobre a necessidade de reforçar os programas sociais de transferências de renda às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), “apesar da recuperação econômica experimentada em 2021, os níveis relativos e absolutos estimados de pobreza e de extrema pobreza mantiveram-se acima dos registrados em 2019, o que reflete a continuação da crise social.”¹³

Diante desse fato e considerando as restrições fiscais existentes, o caminho escolhido pelo governo para viabilizar a prorrogação do auxílio emergencial para 2021 foi por meio de uma alteração na Constituição.

Assim nasceu a EC n° 109, de 15 de março de 2021, que, além de suspender as condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da covid-19, criou uma nova regra fiscal no escopo da atual regra do teto dos gastos (discutida em seguida e enunciada no rodapé n° 5). A tabela 2 detalha os gastos primários da União executados no âmbito da pandemia no ano de 2021.

13 Ver: <https://bit.ly/36MzE0V>.

Tabela 2. Créditos extraordinários ao orçamento da União - 2021 (R\$ Bilhões)

Despesas com Covid-19 em 2021 (R\$ Bilhões)	Previsto	Pago
Auxílio emergencial a pessoas em situação de vulnerabilidade	68,05	60,58
Benefício emergencial de manutenção do emprego e da renda	10,67	7,71
Cotas dos fundos garantidores de operações e de crédito	5,00	5,00
Financiamento da infraestrutura turística	1,32	0,59
Despesas adicionais do Ministério da Saúde e demais Ministérios	32,60	25,77
Aquisição de vacinas e insumos	32,58	21,79
Total	150,22	121,44

Fonte: Monitoramento dos Gastos da União com Combate à COVID-19, STN. Disponível em: <https://bit.ly/3r09y1r>. Elaboração própria.

Na forma como foi aprovado, o teto dos gastos correspondia à despesa de 2016 corrigida anualmente pela inflação, medida pelo IPCA, acumulada em 12 meses até junho do ano anterior.¹⁴ A regra não era impositiva, de modo que o governo poderia ultrapassar o limite máximo do teto, sendo, neste caso, aplicadas algumas sanções.

A grande dificuldade que residia disso é que na redação da EC nº 95, de 2016 (que criou o NRF) não havia nenhum regramento para que fosse possível o encaminhamento de um orçamento em discordância com o cumprimento do teto dos gastos, impedindo o acionamento dos gatilhos e, conseqüentemente, o descumprimento da regra fiscal.¹⁵

¹⁴ Para o ano de 2017, ou seja, primeiro ano de vigência do teto dos gastos, o fator de correção utilizado foi de 7,2%.

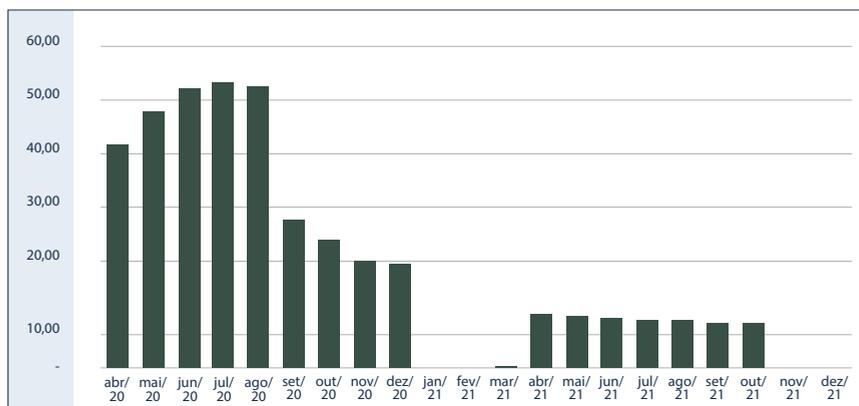
¹⁵ Vale registrar que esse entendimento não era um consenso. Coelho et al (2020) defendiam que era possível encaminhar o orçamento com rompimento do teto dos gastos e acionamento dos gatilhos, sem precisar alterar a EC 95, de 2016. Ver: Coelho, C. et al (2020). Regras permitem romper teto dos gastos sem abandonar ajuste fiscal. Artigo de opinião. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3uPmSsqz>.

Assim, a EC n.º 109, de 2021, alterou a regra do teto dos gastos para que os gatilhos fossem acionados de forma automática e antes do rompimento do limite de gastos. Ocorre que, da forma como a nova regra foi desenhada, ela não deve surtir o efeito esperado, uma vez que o percentual fixado só seria alcançado em uma situação muito extrema.

A nova regra prevê que, quando for verificado na aprovação da lei orçamentária, que no âmbito das despesas sujeitas ao teto, a proporção da despesa obrigatória primária em relação à despesa primária total foi superior a 95%, aplicam-se vedações ao respectivo Poder ou órgão até o final do exercício a que se referir a lei orçamentária.

Com isso, o Auxílio Emergencial foi reativado para 2021, com escopo menor, seja em número de beneficiários seja em valores médios mensais. O gráfico abaixo mostra a evolução do gasto mensal com Auxílio Emergencial em 2020 e em 2021.

Gráfico 1. Despesas com o Auxílio Emergencial - 2020-2021 (R\$ Bilhões, a preços de fevereiro de 2022)



Fonte: Prestação de contas do Presidente da República de 2020. Elaboração própria.

Ainda em 2021, o governo publicou a Medida Provisória nº 1.061, de 9 de agosto de 2021, que posteriormente foi convertida na Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021, instituindo um novo programa permanente de transferência de renda social. Assim, a Lei nº 14.284, de 2021, extinguiu o PBF e criou o Auxílio Brasil. A ideia seria viabilizar um maior alcance do programa e aumentar o valor por família beneficiada.

Com o argumento de viabilizar a expansão do programa, que vale dizer, boa parte da expansão será válida apenas para 2022, e diante das restrições fiscais, principalmente a do Teto dos Gastos, foram aprovadas duas novas Emendas à Constituição, alterando novamente as regras fiscais existentes e minando a credibilidade da condução da política fiscal.

O valor necessário para a expansão pretendida a título de Auxílio Brasil foi de R\$ 54,6 bilhões, porém a EC nº 113, de 8 de dezembro de 2021, e a EC nº 114, de 16 de dezembro de 2021, ampliaram o espaço no teto dos gastos para 2022 em R\$ 113,1 bilhões. Este espaço a mais no teto foi totalmente consumido com outras destinações orçamentárias, tais como, emendas de relator e financiamento de campanha eleitoral.

Para maior compreensão, as mudanças realizadas por meio das ECs nº 113 e nº 114 residiram na sistemática de cálculo do teto de gastos e também no pagamento das despesas com sentenças judiciais e precatórios. Juntas, abriram espaço de mais de R\$ 113 bilhões para gastos adicionais em 2022.¹⁶

É notório que a pandemia exacerbou os problemas estruturais da economia brasileira e também trouxe alguns novos. Em destaque, o aumento das desigualdades sociais, conforme evidenciado pela CEPAL (2022).¹⁷ A necessidade de reverter essa situação levou o governo a adotar ações de reforço às políticas de transferência de renda.

16 Instituição Fiscal Independente - IFI (2022). Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF). Edição nº 60. Disponível: <https://bit.ly/3LD0irP>.

17 Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe - CEPAL (2022). Panorama Social de América Latina: 2021. Apresentação. Disponível em: <https://bit.ly/3qUKBEE>.

Contudo, vê-se que as recentes mudanças no arcabouço de regras fiscais focaram em endereçar problemas de curtíssimo prazo, adiando soluções mais estruturais. Apenas em 2021, a regra do teto dos gastos já sofreu duas modificações, vale dizer, por meio de três emendas constitucionais, sem contar a mudança no regime dos precatórios, que também abriu espaço no teto. As alterações no teto de gastos minaram a credibilidade da regra fiscal e, poucos meses após as diversas alterações, ainda se discutem formas de melhorar o arcabouço de regras fiscais no Brasil.

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA 4.0: NOVOS DESAFIOS DO PROCESSO

MARGARETE COELHO



MARGARETE COELHO

É Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Foi deputada estadual, vice-governadora do Estado do Piauí e professora da Universidade Estadual do Piauí, da União das Escolas Superiores Campomaiorenses e da Faculdade Integral Diferencial. Atualmente, é deputada federal pelo Piauí, pelo qual foi Relatora da Lei de Segurança Nacional e do novo Código Eleitoral, além de coordenadora do Pacote Anticrime.

MARGARETE COELHO

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL FEMINISTA: DIREITO, POLÍTICA E PODER SIMBÓLICO

INTRODUÇÃO

A linguagem do nosso constitucionalismo e a linguagem dos direitos humanos é algo sobre o qual tenho refletido muito ultimamente. Essa linguagem beligerante causa incômodo, e é uma marca do nosso patriarcado. A nossa linguagem de direitos é muito masculina, muito pautada no confronto, na beligerância, na guerra. Nossas cartas de direitos e nossas constituições foram impregnadas da linguagem patriarcal que aprendemos a reproduzir. Veja o nosso direito penal, o nosso direito internacional, todos muito mais calcados na lógica da violência que da cooperação.

Apenas ultimamente temos adotado posturas mais dialógicas, mais cooperativas, mais mediadas. Até mesmo entre os poderes impera o vocabulário das disputas, que apenas nos últimos anos se transformaram em apelos para o "diálogo institucional", "diálogo constitucional". A democracia brasileira afastou as mulheres das instituições públicas, renegando-as ao ambiente doméstico, gerando uma tensão permanente entre aquilo que está escrito na constituição, e mesmo em muitas legislações posteriores, e a realidade das instituições democráticas.

As garantias das mulheres estão sempre em tensão com as instituições, sobretudo com o parlamento, com os partidos, com as instituições representativas da sociedade, que deveriam ser as mais abertas às demandas por igualdade de gênero. Na prática, muitas conquistas são esvaziadas ou sujeitas a retrocessos, como o caso das candidaturas fictícias, ou candidaturas laranjas. Sempre haverá um jeitinho de burlar as regras que incluem grupos sub-representados.

Mas os problemas da democracia se resolvem com mais democracia, não com menos, por isso nossa tarefa como cidadãos e como juristas é atuar para que as instituições sejam mais sensíveis às demandas por inclusão. E um dos caminhos é pela via legislativa, outro pela via judicial, outro pela via acadêmica. Eu acredito que devemos brigar em todas as frentes, mesmo reconhecendo que os avanços não acontecem na velocidade que se quer, mas sabendo que tijolinho por tijolinho construiremos uma democracia mais vibrante e representativa.

Nosso processo civil já tem a marca desses novos tempos, assim caminha nosso processo penal, e quem sabe será a marca do futuro código de processo constitucional. Mas enquanto nossa legislação se renova, tenho esperança em nossos juízes e tribunais. Também acredito no poder de transformação da academia, que vem tornando o direito mais permeável às demandas por mais igualdade, sobretudo a igualdade de gênero. É por isso que se tem falado em hermenêutica feminista, uma forma de olhar mais atenta e plural, que permite enxergar os princípios e regras como fatores de inclusão, não de exclusão.

Contudo, princípios e regras não bastam, é por isso que devemos buscar uma maior participação feminina nos espaços de poder, sobretudo na política, uma das principais fontes de produção do direito. Quero enfatizar esse ponto como um marco para a mudança estrutural da qual necessitamos. O direito só mudará quando suas fontes tensionarem por mudanças, quando seus intérpretes forem mais diversos, e quando suas normas forem mais inclusivas. Tudo converge para que tenhamos mais mulheres ocupando espaços de poder, especialmente na política.

A QUALIDADE DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A qualidade da democracia pode ser medida a partir de quatro dimensões essenciais: a vigência dos direitos políticos e das liberdades civis; a governabilidade; a representação e a participação cidadã¹. Conforme aponta José Murilo de Carvalho, os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo, e é neles que encontra sua legitimidade para a organização política da sociedade².

Com o passar dos anos, a sociedade brasileira, tal como tem ocorrido em outras democracias, aparenta passar por um mal-estar. A crença na democracia como um horizonte melhor não foi suficiente para sanar os problemas pós-ditatoriais: é necessário questionar a tessitura extremamente desigual – e, portanto, pouco representativa – em que se edificou o sistema político brasileiro.

Vale ressaltar que quando a confiança individual em relação às instituições e às pessoas que as representam – ou não – é reduzida, significa dizer que a democracia não possui, pelo menos no modelo em que está desenhada, capacidade para responder às legítimas expectativas dos distintos grupos sociais.

O cidadão, desse modo, enquanto detentor de direitos civis, políticos e sociais, passa a não estabelecer a correlação prática entre a possibilidade de sua participação para mudar a realidade e a necessidade de “prestação de contas” vertical e horizontal advinda dos representantes. Dessa maneira, o *habitus* institucionalizado no ambiente democrático precisa passar por uma reformulação³.

1 CORBETTA, Jose; PEREZ-LIÑAN, Anibal. Calidad de la democracia. Un análisis de la trayectoria argentina. **Instituciones y desarrollo**, Barcelona, n. 10, p. 149-169, 2001.

2 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

3 Para Bourdieu (1989), o *habitus* é o “sistema de disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturadas e estruturantes, constituem o princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes”.

Ainda antes da entrada na disputa política deve haver a disponibilidade da interpelação pelo outro. De forma mais clara: o impulso ético de compreender a necessidade de incorporar as mulheres à política questiona a aceitação histórica do país de, em um primeiro momento, catalogar a atuação feminina (situação amplamente questionada pelos movimentos feministas brasileiros) e, posteriormente, de não assumir de frente o compromisso democrático de dar voz aos posicionamentos plurais.⁴

Observa-se, portanto, que a qualidade da democracia passa necessariamente pela abordagem de conflitos e que a participação cidadã influencia no caminho em direção à resolução das contendas múltiplas.

A título de entendimento, questiona-se então o que tem impedido a criação da arena de embate representativo, de forma igualitária, entre homens e mulheres no espaço político. Interessa a esse capítulo, em cada um dos seus itens, buscar as causas que construíram um potente teto de cristal que tem impedido mulheres de chegarem e se estabilizarem como presenças naturais nos espaços de decisão, examinado, especialmente, o caso brasileiro.

O cenário complexo para apurar a qualidade da democracia no Brasil, enquanto se leva em consideração a sub-representação política feminina – as mulheres representam 44,5% do número de filiados aos partidos, de modo geral, e correspondem a 64% dos novos filiados⁵ –, aponta para o fato de existirem direitos que não acompanham condições equilibradas de disputa.⁶

Por isso, torna-se imprescindível para esse estudo o apontamento dos motivos para as questões de gênero não se apresentarem, ao senso comum, de modo alinhado às questões sociais em geral e aos pleitos eleitorais.

4 SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos fundamentais*. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, 207-236, 2006.

5 FILIAWEB. **Consulta de relação de filiados**. Disponível em: <http://filiaweb.tse.jus.br/filiaweb/>. Acesso em: 17 fev. 2018.

6 ABREU, Diego. O papel das mulheres laranjas. **Correio Braziliense**, Resenha Eletrônica do Ministério da Fazenda, 27 jan. 2014.

PODER E VIOLÊNCIA SIMBÓLICA

O questionamento sobre a necessidade de efetivar esses direitos para além dos Tratados e das Constituições reverbera em dois pontos. Em primeiro lugar, os direitos humanos não podem estar circunscritos apenas a esferas residuais, deixadas livres no que diz respeito à concretude dos demais direitos.

Quer dizer, os direitos políticos não devem ser rebaixados a uma categoria que mereça menos atenção que todos os demais, tampouco devem tornar-se mais efetivos no cotidiano de alguns cidadãos em detrimento dos demais (na discussão presente, às mulheres).

Em segundo lugar, é importante pôr em relevo a ligação direta entre o poder e a violência simbólica⁷ que naturalizam privilégios e preconceitos e, por consequência, impedem a efetiva participação feminina na política.

De fato, ao passo que o poder simbólico contribui para a integração social, a partir da reprodução de uma ordem lógico-moral, também impõe uma abordagem genealógica que induz a um sentido imediato do mundo social. Por outras palavras, significa dizer que uma espécie de conexão cria um senso comum entre os sujeitos, que os impele à indisposição para empreender transformações na realidade.

O sistema simbólico democrático é formado por um agrupamento estrutural, composto de uma série de elementos que, juntos, atuam movendo as engrenagens de participação e de contestação nas disputas de poder. Nesse contexto, com o intuito de compreender a lógica específica de cada uma de suas nuances, e o seu corolário na realidade política feminina, é que a qualidade da democracia aparece como instrumento analítico. De acordo com Gugliano,

A existência de indicadores de qualidade da democracia é algo polêmico. Não são poucos aqueles que acentuam a parcialidade de grande parte desses

7 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

sistemas classificatórios que, algumas vezes, reduzem a compreensão de o que é a democracia a critérios eleitorais ou institucionais⁸.

De fato, classificações tradicionais, como a de *Freedom House*, embora úteis, apresentam uma escala que não compreende a finalidade deste trabalho, quer seja por sua dita parcialidade, ou mesmo pela simplificação numérica. O que se questiona, outrossim, é o dimensionamento dos elementos da democracia para discutir a necessidade de atuação pública, através de políticas ou de alterações legislativas.

Quando se apresenta a categoria capital social, a intenção é apontar as conexões que interligam os cidadãos dentro de uma comunidade e que impactam no conjunto de relações e redes criadas para a formação de contatos e para a preparação de respostas às demandas das esferas pública ou privada.

Ora, se questiona: até que ponto a organização das mulheres pode levá-las a cargos decisórios? Por que um país em que o movimento feminista é forte não consegue conduzir mais mulheres ao espaço de debate político? No caminho da desconstrução de preconceitos que contornam a sub-representação política feminina, afirma-se: os horizontes cotidianos das relações estabelecidas pelos diferentes gêneros determinam substancialmente o êxito de cada um deles na disputa eleitoral.

AS MULHERES NO ESPAÇO PÚBLICO

Antes da chegada à disputa eleitoral, nas bases de pensamento sociocultural brasileiro, a perspectiva patriarcal e machista, de organização comunitária, ainda naturaliza o local da mulher no contexto familiar, local e privado.

É de difícil aceitação a visão de que as mulheres não precisam – e nem devem – ficar adstritas aos cuidados do lar, como donas de casa, tampouco à assunção de responsabilidades unilaterais (sem

8 GUGLIANO, Alfredo Alejandro. Apontamentos sobre o conceito de qualidade da democracia. *Revista Debates*. Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 229-243, jan./abr. 2013.

a contrapartida do companheiro ou cônjuge) de cuidado com os filhos. O espaço público também é delas, inclusive sobretudo delas, em termos quantitativos, vez que estão em maior número que os homens na estrutura populacional.

Existe, de fato, uma cultura política de gênero baseada na hierarquia e na imposição de lugares fixos⁹ que deve ser quebrada: a entrada das mulheres na política, de forma crescente, gera o aperfeiçoamento desse panorama, especialmente porque elas trazem à tona demandas novas e distintas, baseadas tanto em uma saída do contorno social fechado de que faziam parte quanto na necessidade de representar o gênero que ostentam. Ainda no contexto pré-disputa eleitoral, para a existência de uma mudança rumo à participação equitativa, é importante que exista uma cultura de aceitação dos direitos tal qual das necessidades das mulheres.

O caminhar delas para dentro dos muros de decisão política torna necessária a discussão do diálogo de transições: da mulher, rumo ao espaço público, e do homem, em direção ao ambiente privado. Significa dizer que os homens também devem afastar as construções sociais privilegiadas e assumir as tarefas domésticas, compartilhando os problemas locais e comunitários e deixando, de vez, de ocultarem a sua influência dentro do ambiente familiar.

A mesma dificuldade de aceitar a figura feminina amplamente no espaço público gera o que Clara Araujo chamou de “resistência partidária masculina” à inclusão de mulheres na competição, o que “tende a diluir as diferenças efetivamente existentes nos níveis de compromissos e investimentos entre os distintos partidos”.¹⁰

Dessa dificuldade faz parte a quebra das bases do edifício do preconceito contra as mulheres e também a ruptura da visão de que os homens que compõem os partidos, por tê-los criado majoritariamente, são tradicionalmente seus donos, detendo o capital

⁹ ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001.

¹⁰ ARAUJO, Clara. Construindo novas estratégias, buscando novos espaços políticos: as mulheres e as lutas por presença. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andréa Brandão (org.). **Mulher, gênero e sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, FAPERJ, 2001.

eleitoral de modo concentrado dentro de uma disputa que deveria ser equitativa. A autora afirma:

[...] não existe uma recusa ou veto recorrente dos dirigentes à participação das mulheres no momento da definição das candidaturas. De fato, o problema é anterior. Não há um grande universo de mulheres dispostas a concorrer. Mas é importante assinalar que isto ocorre não porque elas sejam mais apáticas do que os homens, e sim porque as suas trajetórias sociais e a sua situação estrutural frente às relações de gênero, aliadas às condições em que a política institucional e a competição eleitoral operam no país, não lhes oferecem um cenário favorável ou sequer animador.¹¹

Nesse cenário, dois pontos de acúmulo para o exercício das atividades humanas são o tempo e a energia. A tripla jornada – enquanto trabalhadoras, donas de casa e mães – pelas quais algumas mulheres passam praticamente anula a possibilidade de sair da esfera pessoal e entrar no campo político em condições de paridade com as figuras masculinas.

A saída especialmente dos dois últimos planos da tríade supracitada coloca sobre a mulher um olhar preconceituoso e maldoso: se não quer cuidar de casa ou dos filhos, como poderá gerir a esfera pública? Esse tipo de questão deve desvencilhar-se dos argumentos de aceitação para o embate: primeiro, porque não há obrigação de a mulher comandar tudo sozinha, caso haja um companheiro. Em um segundo momento, porque a forma como ela lida com o tempo não a desqualifica necessariamente para uma disputa política.

A dedicação às campanhas eleitorais e aos mandatos eletivos, ainda, podem demandar o afastamento das funções profissionais e o comprometimento da renda familiar. É possível afirmar que o déficit de tempo feminino (tanto para poder, pela primeira vez, partici-

11 Ibid., p. 238-239.

par na disputa¹² como também para a dedicação a ela) é um fator extra de constrangimento para o distanciamento da política formal.

A distinção entre o tipo de capital social empreendido por cada gênero, especialmente quando se considera a limitação supracitada, reflete na forma de relação estabelecida distintamente por cada um deles:

Os homens participam mais em associações ligadas à esfera pública, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao mundo da política, do trabalho e do lazer, enquanto as mulheres participam mais em associações que lidam com assuntos relacionados à família e à comunidade. Os tipos de grupos em que as mulheres participam favorecem a construção de redes mais homogêneas, importantes para o estabelecimento e o fortalecimento de laços pessoais que são importantes para a vida e solidariedade comunitária, e tendem a fornecer recursos para as práticas cotidianas das mulheres. Esses grupos também contribuem para a politização de tópicos antes restritos à esfera privada, e podem auxiliar na construção de consciência de direitos. Porém essas redes são menos efetivas para gerar retorno político-eleitoral. Os homens, por outro lado, associam-se mais em grupos ligados à esfera pública, os quais auxiliam na formação de redes interpessoais mais heterogêneas, que criam incentivos políticos e geram recursos político e financeiro. Os homens têm maior capital do tipo público ("bridging" e "linking"), que são mais efetivos para a geração de recursos eleitorais, como capital financeiro e conhecimento político.¹³

12 Tendo as mulheres obtido, em 1932, o direito de votar e de serem votadas - o *jus suffragii* e o *jus honorum*, como distinguiam os romanos -, é curioso ver que o sistema proporcional, que exatamente cuida que o parlamento seja um 'espelho' da sociedade, não as atendeu no sentido de dotar o Congresso de uma significativa bancada feminina" (VOTO da mulher. In: PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000. p. 427-436).

13 SACCHET, Teresa. Capital social, gênero e representação política no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 306-332, nov. 2009. p. 324.

Percebe-se, portanto, que existe desigualdade de recursos causada pelo resultado da estruturação de cada rede interpessoal: o retorno político é diferente com relação ao tipo de capital social construído por cada gênero, o que torna necessária a exposição dos aspectos que fazem exitosa a participação individual em uma disputa política.

O baixo capital social no Brasil suscita a dúvida: a debilidade na formação de relacionamento social feminino próxima ao espaço público é responsável pelos baixos níveis de representação desse grupo? Em sentido afirmativo, esse é um fator determinante para a realidade societária atual.

O TETO DE CRISTAL DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

A partir do momento em que as mulheres estão mais envolvidas em relações na esfera privada, o caráter pessoal que estrutura a ação, de imediato, escasseia a amplitude de recursos necessária para a disputa eleitoral. Significa dizer, desde o aspecto material ao financiamento, por exemplo, que a visibilidade dada às mulheres para o embate é mínima, já que os homens, detentores de uma rede interpessoal mais aberta ao público, podem ser mais exitosos no contexto da apreensão de capital social e de sucesso dentro do próprio partido.

Mesmo com a conscientização acerca de direitos e garantias pessoais e grupais em locais como conselhos e associações das quais as mulheres participam, trata-se de ambientes que não as preparam para a seara político-eleitoral. Assim sendo, "um argumento comum apresentado por líderes partidários no Brasil para o reduzido número de mulheres em seus cargos diretivos e representativos é o baixo conhecimento político delas".¹⁴ Esse, entretanto, é um exercício diário na díade gênero-poder político.

¹⁴ SACCHET, T. **Making women count: Campaigns for gender quotas in Brazil.** PhD thesis, University of Essex, 2002. p. 318.

A sub-representação política feminina não reside apenas nas condições que precedem os pleitos eleitorais: na democracia interna dos partidos, a falta de espaço para a manifestação de opinião nos fóruns ou a simples desconsideração delas são fatores determinantes para desestimular a presença das mulheres nos campos de decisão.¹⁵ Esse silenciamento é responsável em grande parte pela violência simbólica¹⁶ que retroalimenta a efetividade do poder simbólico enquanto fixador de papéis de gênero.¹⁷

É, pois, de fácil percepção a existência de um círculo lógico, que promove a ausência feminina nas instâncias partidárias: havendo mais homens nos contextos políticos, existirá maior prevalência deles nos cargos de direção dos governos. Dessa maneira, as mulheres enfrentarão imensa dificuldade para se mostrarem como boas gestoras ou atuantes no espaço decisório, enquanto militantes e dentro dos quadros do próprio partido político de que fazem parte.

Um problema mais grave está na linha de contorno do círculo: com baixa representação, as mulheres detêm pouca influência, por exemplo, nas decisões que dizem respeito ao Fundo Partidário e ao Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, o que reverbera diretamente nos ganhos efetivos do implemento de políticas para a participação feminina nas regras da contenda.

A lei de cotas para o acesso ao Legislativo seria um passo importante em direção à efetivação do princípio da igualdade diante da estrutura de oportunidades para as mulheres na sociedade brasileira. Com efeito, de acordo com o *caput* do art. 10 da lei em questão, cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150%

15 SACCHET, Teresa. Capital social, gênero e representação política no Brasil. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 306-332, nov. 2009.

16 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.

17 Essa violência manifesta-se também na difícil aceitação social das mulheres em cargos de poder ou no desejo de redução da autonomia feminina. A entrada de mulheres nas universidades, por exemplo, não é apenas um problema geracional, pois há efeitos bastante complexos que mostram que, a despeito de serem maioria no campo acadêmico, não há contrapartida necessária de ascensão ao topo dentro dos cargos profissionais. A inclusão não garante o êxito, mas só a partir dela, este é possível. De modo mais aprofundado, ver MARQUES, Fabrício. As chances das mulheres nas universidades. **Revista Pesquisa FAPESP**, São Paulo, ed. 238, dez. 2015.

(cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher. No § 3º, afirma: “do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”. A interpretação dessa normativa indica que as chapas de candidaturas proporcionais devem respeitar o percentual indicado, sob pena de indeferimento do seu pedido de registro.

Em aparência, a regra é cumprida pelos partidos. Entretanto, trata-se apenas de um simulacro, pois, de fato, essas candidaturas não existem, por uma razão que se relaciona diretamente com um problema sobre o qual este estudo se ocupará com mais profundidade em tópicos próprios: os partidos políticos preenchem as chapas com mulheres que de fato não concorrerão e estão ali apenas para compor a cota mínima de sexo. Ou seja, são candidaturas fictícias, também chamadas candidaturas “laranjas”.

Ademais, o fator tempo tem se apresentado como empecilho fenomenal, visto que as mulheres que estão na política são majoritariamente profissionais liberais e o tempo investido nas campanhas, além de lhes comprometer a subsistência, também as afasta da família e das tarefas do lar. Além disso, como esse estudo vem demonstrar, o recrutamento feito pelos partidos tem como objetivo meramente o cumprimento da cota como requisito de registrabilidade, ou seja, para “cumprir tabela” e não de fato para concorrer.

Some-se a isso o fato de as mulheres não estarem nos cargos de execução de políticas públicas (veja-se, por exemplo, o baixo número de Ministérios ocupados hoje por mulheres no Brasil e que se repete em relação às Secretarias de Estado e de Municípios),¹⁸ o

18 O “Mapa das Mulheres na Política”, organizado pela ONU Mulheres, em parceria com União Interparlamentar (UIP), lançado no dia 15/03/2017, que traz um panorama sobre a participação política das mulheres no mundo, aponta o Brasil na 167ª posição no ranking mundial de participação de mulheres no Executivo. O estudo analisou 174 países. No que se refere ao ranking da participação no Congresso, ao Brasil coube a 154ª posição, com 55 das 513 cadeiras da Câmara ocupadas por mulheres, e 12 dos 81 assentos do Senado preenchidos por representantes femininas (NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Brasil fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU.** 16 mar. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>. Acesso em: 14 mar. 2017).

que lhes priva de um tradicional e relevante meio de formação de capital político, apto a lhes sustentar uma candidatura efetiva, uma vez que ali poderiam demonstrar sua capacidade de gestão, além de lhes proporcionar o poderoso “palanque” da publicidade institucional e espaço nas pautas dos noticiários dos meios de comunicação de massa. Cuidando de cada um desses fatores com um pouco mais de profundidade será possível perceber o quão grande é o desafio que a cidadania brasileira terá de enfrentar para aproximar as mulheres do portão de entrada na política.

CONCLUSÃO

O objeto deste estudo é uma questão complexa que somente poderá ser entendida se analisada, primeiro, como um fator cultural. As mulheres foram as penúltimas cidadãs brasileiras a conquistar o direito ao voto. Elas sempre foram malvistas fora dos limites domésticos. Quando se discute o lugar da mulher na política, desvelam-se inúmeras interpretações de cariz sexista, não sendo raro ouvir-se que essa sua pouca presença nos cargos públicos, eletivos ou não, ou nos órgãos de direção partidária, se deve ao próprio desinteresse, a um desapego pelo exercício do poder, a uma peculiar ausência de vocação para a política, à percepção de que tal atividade seria prejudicial à vida familiar, além de se tratar de ambiente pernicioso, povoado por corruptos e corruptores.

Portanto, um lugar inadequado para as mulheres, pois esse seu ambiente perigoso, requer de habilidades específicas para ali sobreviver e as mulheres naturalmente não as possuem. E é aí, acredita-se, que nasce a falácia de que mulher não vota em mulher, em uma espécie de “solidariedade” às avessas, pois sendo a política e o poder esse lugar difícil de viver e conviver, elas não conseguiriam dar conta.

É comum, também, dirigentes e lideranças partidárias, majoritariamente masculinas, relatarem as dificuldades enfrentadas no recrutamento de mulheres para compor as chapas de candidaturas ou mesmo para os cargos de direção do partido. Entretanto, uma

análise minimamente isenta do quadro apontará razões outras que explicam a sub-representação feminina nos espaços de poder, que são facilmente identificáveis na organização social e que se sedimentam em estereótipos sexistas, machistas e patriarcais, segundo os quais o lugar da mulher é o espaço doméstico, cabendo ao homem o espaço público.

Essa dominação do gênero masculino está inscrita objetivamente nas estruturas sociais e subjetivamente nas estruturas mentais das pessoas. Bourdieu afirma que existe uma ordem social que faz parecer naturais situações, atitudes e relações que foram construídas com o passar dos tempos e que os seres humanos as trazem inculcadas nas mentes e subjetividades.¹⁹ Foi a isso que ele chamou de *habitus*,²⁰ que são essas estruturas mentais sólidas que orientam atitudes e valores da sociedade como determinações que lhes chegam de dentro pra fora.

Solidificadas com o amálgama da tradição, em muitos casos essas estruturas têm se tornado resistentes aos incentivos culturais, sociais e até legais²¹ das lutas das mulheres e até mesmo de bons exemplos que vêm de outros lugares. Ainda de acordo com o pensamento de Bourdieu, o que se aprendeu sobre gênero é mediado pelas atividades cotidianas embutidas de uma carga simbólica, estabelecido como um conjunto objetivo de referências com conceitos de feminino, para o que é permitido às mulheres, e masculino, para o que é permitido aos homens. Assim, as pessoas estruturam subjetivamente os mandatos culturais da sociedade e do momento histórico em que vivem.²²

Modificar essas estruturas e alterar esse quadro no qual às mulheres cabe o espaço doméstico e aos homens o espaço público, que vem desenhando o mapa da política, deixando as mulheres praticamente de fora, deveria ser uma agenda que convocasse não

19 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.

20 BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1989.

21 THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução Marcello Lino. Rio de Janeiro: Eisevier, 2009.

22 BOURDIEU, op. cit.

só as mulheres, mas a cidadania como um todo, uma vez que vai muito além das regras do jogo eleitoral e da lei das cotas de gênero, importando na necessidade urgente de se reconhecer que o fortalecimento das democracias contemporâneas passa pela reconfiguração do mapa mental de sua população e, especialmente, de suas instituições, no direito e na política.

CAPÍTULO 4

GOVERNABILIDADE E RECUPERAÇÃO ECONÔMICA NO BRASIL

FELIPE SCUDELER SALTO



FELIPE SCUDELER SALTO

É mestre em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Foi professor nos cursos de Pós-graduação lato sensu da FGV/EESP, recebeu o Prêmio Jabuti de 2017 na categoria de Economia, com o livro "Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade". Atualmente, é Secretário da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo e ministra o curso de Finanças Públicas no Mestrado Profissional em Economia do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

FELIPE SALTO

ELEMENTOS PARA O DEBATE SOBRE AS SAÍDAS À CRISE FISCAL BRASILEIRA

RESUMO

A economia brasileira passa por um dos períodos mais difíceis de sua história. O baixo crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) combina-se com pressão inflacionária e dívida pública elevada. A governança, na área de contas públicas, avançou sob diferentes aspectos, mas o atual arcabouço – que tem no teto de gastos um instrumento central – não é suficiente para melhorar a qualidade das despesas públicas, garantir a sustentabilidade da dívida pública em relação ao PIB e gerar taxas de juros mais baixas. A crise atual é, de certo modo, marcada por problemas estruturais não superados. O desafio para recuperar o crescimento econômico passa pela reorganização das contas públicas nacionais. Neste artigo, apresentamos alguns caminhos para essa reorganização.

1. INTRODUÇÃO

O principal obstáculo à recuperação consistente da economia brasileira continua a ser o lado fiscal, isto é, a desorganização das contas públicas, incluindo a questão das regras fiscais. Apesar de numerosas, as normas de finanças públicas vigentes no Brasil não têm conseguido garantir a sustentabilidade da dívida pública a médio e longo prazos. No IX Fórum Jurídico de Lisboa, em 2021¹, no painel “Governabilidade e recuperação econômica no Brasil”, discutiram-se diversas dimensões da questão fiscal brasileira. Um dos tópicos centrais foi o peso da responsabilidade fiscal para a confecção de novas estratégias de desenvolvimento, abrindo-se espaço a investimentos de boa qualidade.

O capítulo de orçamento e finanças públicas da Constituição Federal de 1988 e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000) são as bases para compreender o funcionamento da política fiscal no Brasil. No entanto, desde a promulgação da chamada “Constituição Cidadã”, uma série de inovações e alterações foram discutidas e realizadas. Ademais, a própria LRF, aprovada em 2000, tem passado por problemas de aplicação heterogênea de seus dispositivos.

A Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que introduziu um limite para os gastos públicos federais, o chamado “teto de gastos”, é a inovação mais relevante a ser considerada no período recente. De certo modo, ela substituiu o papel exercido pela meta de resultado primário (receitas menos despesas, sem contar os juros da dívida pública), durante muito tempo, como âncora principal da responsabilidade fiscal e das expectativas de mercado. Mesmo o teto de gastos, no entanto – e isso em poucos anos –, já passou por uma série de modificações relevantes.

Mais do que discutir as melhores regras e reformas no campo fiscal e orçamentário, é preciso avançar sobre a questão de fundo neste assunto: como criar os incentivos corretos ao bom compor-

1 Acesse aqui o vídeo do painel: <https://www.youtube.com/watch?v=sXso93sW7c4&t=6383s>.

tamento dos governos, de modo permanente. A literatura é vasta ao mostrar que o “*commitment*”, o compromisso político em torno das regras, é peça-chave para garantir que se cumpram as normas aprovadas.

Os debates travados no referido painel permitem pinçar elementos fundamentais para o tema. Neste artigo, elucidam-se os pontos cruciais para a discussão de uma reforma fiscal ampla. A qualidade da política fiscal é a condição inicial básica para a economia brasileira crescer, sobretudo por duas razões:

1) A responsabilidade fiscal permanente reduz o custo de financiamento da dívida e a necessidade de ter juros elevados, impulsionando investimentos privados de boa qualidade; e

2) A melhor gestão fiscal pode representar, também, um aumento na qualidade das despesas e políticas públicas escolhidas pelos governos. Como se sabe, o gasto público com bons investimentos em infraestrutura está fortemente correlacionado com o aumento dos investimentos privados.

A seguir, apresentam-se três seções: breve diagnóstico da situação fiscal brasileira; possibilidades para uma reforma fiscal; e conclusão.

2. BREVE DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO FISCAL BRASILEIRA

O quadro das finanças públicas brasileiras é marcado por dívida elevada e déficits primários, desde 2014. A dívida pública encerrou 2021 em 80,3% do PIB, no conceito do Banco Central do Brasil. O déficit do governo central, por sua vez, em R\$ 35,1 bilhões ou 0,4% do PIB. No setor público consolidado, que inclui as contas dos estados, municípios e estaduais (além do governo central), houve superávit de 0,7% do PIB. Dificilmente, no entanto, esse resultado se repetirá em 2022 ².

² Os dados fiscais, no Brasil, são divulgados pelo Banco Central do Brasil e pela Secretaria do Tesouro Nacional, principalmente. Os principais relatórios, dos quais foram retiradas as informações

O efeito da inflação alta, em 2021, colaborou para o resultado um pouco mais benigno, na margem, em relação a 2020. A esse respeito, é importante considerar as avaliações da Instituição Fiscal Independente (IFI) do Senado Federal do Brasil, o “*Fiscal Council*” brasileiro ³, correlato ao Conselho de Finanças Públicas (CFP) de Portugal. A IFI, em seu Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF) nº 61, de fevereiro de 2022, mostrou que o desempenho das receitas públicas, em 2021, foi fortemente influenciado pela inflação, pelos preços das “*commodities*” e pela taxa de câmbio ⁴.

Sob um prisma distinto, considerando-se um prazo mais alargado, as finanças públicas brasileiras têm evoluído de modo bastante peculiar nas últimas décadas. Em 1999, o país adotou as chamadas metas de resultado primário, fixadas anualmente na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que antecede a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA). Esse aprimoramento institucional nas regras fiscais se deu no bojo de negociações do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) com o Fundo Monetário Internacional (FMI). O objetivo era fixar compromissos anuais para os fluxos – receitas menos despesas sem contar os juros – que fossem compatíveis com uma trajetória de estabilidade e, em seguida, de queda da relação dívida líquida ⁵/PIB.

mencionadas neste trabalho, são: a Nota de Estatísticas Fiscais, disponível aqui - <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/estatisticasfiscais>; e o Resultado do Tesouro Nacional, disponível aqui - <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/estatisticas-fiscais-e-planejamento/resultado-do-tesouro-nacional-rtn>.

3 Para saber mais sobre a Instituição Fiscal Independente (IFI), consultar o artigo de Salto, F. & Bacciotti, R., 2021, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em modo “*early view*”, denominado “O papel das Instituições Fiscais Independentes (IFIs) e o caso da IFI do Brasil”, disponível neste link: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38731.

4 Instituição Fiscal Independente. Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF) nº 61, de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/595819/RAF61_FEV2022.pdf.

5 Há uma série de conceitos de endividamento público, no Brasil, e eles estão descritos no Estudo Especial nº 7, da Instituição Fiscal Independente (IFI), denominado “Dívida bruta: evolução e projeções”, de autoria de Salto, F. (2018). O trabalho pode ser acessado aqui: <https://www12.senado.leg.br/ifi/publicacoes-1/estudos-especiais/2018/outubro/estudo-especial-no-07-divida-bruta-evolucao-e-projecoes-out-2018>.

A adoção das metas fiscais levou a uma efetiva melhora dos indicadores das contas públicas, conduzindo a um período longo de geração de superávits primários e de queda da relação da dívida líquida/PIB. A evolução das receitas colaborou fortemente para esses resultados, vale dizer.

Um padrão que se observou, no entanto, foi o do aproveitamento de parte do espaço fiscal gerado pela evolução das receitas para contratação de novos gastos obrigatórios, a exemplo de despesas com pessoal, gastos sociais e previdenciários. A Tabela 1, a seguir, permite avaliar a evolução das receitas primárias líquidas do governo central (receitas brutas menos transferências aos governos subnacionais) e das despesas primárias totais.

Tabela 1. Receitas primárias líquidas e despesas primárias do governo central do Brasil - taxa de variação real anual média em períodos selecionados (%)

	Receita	Despesa
1998-2003	6,4%	4,1%
2004-2011	7,9%	8,1%
2012-2015	-0,5%	5,1%
2016-2019	1,6%	0,6%
2020	-13,5%	31,1%
2021	21,2%	-23,6%

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional. Elaboração do autor.

A Tabela 1 mostra a dinâmica da receita e do gasto para períodos selecionados, tomando por base as taxas médias anuais de variação percentual real. Entre 1998 e 2003, a receita crescia a 6,4%, enquanto as despesas avançavam a 4,1%. No período seguinte, de 2004 a 2011, a receita cresceu a quase 8%, enquanto as despesas avançaram praticamente no mesmo ritmo, numa forte aceleração em relação ao período an-

terior, na esteira do bom desempenho da arrecadação. Este, por sua vez, pautou-se no crescimento econômico do período, marcado pela evolução dos preços das "commodities" e pela formalização no mercado de trabalho.

Ocorre que, no período seguinte, de 2012 a 2015, a receita passou a apresentar queda real anual média de 0,5%, enquanto a despesa continuou a crescer a uma média anual de 5,1%. Apesar de menor (em relação à média do período anterior, de 8,1%), essa taxa de variação ainda foi robusta, sobretudo na presença de receitas muito mais modestas e de uma dinâmica de crescimento econômico deteriorada. É assim que os déficits primários passaram a ser gerados nas contas públicas, persistindo até os dias atuais.

Para ter claro, quando há aumento de receitas - *pari passu* à evolução do PIB -, as despesas crescem e ainda há superávit primário, com redução da dívida/PIB. O problema é que, nos momentos de baixa do ciclo de atividade econômica, as receitas são automaticamente impactadas, enquanto as despesas não desaceleram na mesma proporção. Isso ocorre porque as despesas normalmente incrementadas são as chamadas obrigatórias, isto é, que estão blindadas por mecanismos legais e até constitucionais. Assim, como as despesas aumentam e, depois, não se consegue diminuí-las, o "ajuste" se dá com geração de déficits primários, que acabam tendo de ser financiados com emissão de títulos públicos e, portanto, aumento de dívida e de despesas financeiras (juros).

No Brasil, por exemplo, não há possibilidade efetiva, prática, de demitir servidores públicos e de reduzir salários públicos. A chamada Reforma Gerencial do Estado, nos anos 1990, conduzida pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira, preconizou a possibilidade de melhor avaliar o desempenho dos servidores públicos e de adotar as práticas da gestão por resultados. Mas os avanços foram modestos, por assim dizer⁶.

⁶ Sobre a Reforma Gerencial do Estado, recomenda-se a consulta aos documentos disponibilizados do Ministro Bresser-Pereira, inclusive normativos legais. Os arquivos podem ser

Desse diagnóstico, derivou a proposição do teto de gastos públicos federais. Trata-se da Emenda Constitucional nº 95⁷, de 2016, que estabeleceu um limite para boa parte dos gastos primários do governo central (com algumas exceções). O limite, por sua vez, é corrigido pela inflação, conforme medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Até a promulgação das Emendas nº 113 e nº 114, em 2021⁸, o teto era corrigido pelo IPCA acumulado em 12 meses até junho do ano anterior. A partir de então, passou a ser corrigido pelo mesmo índice, nas mesmas bases, mas até dezembro do ano anterior.

A ideia do teto surgiu em resposta ao diagnóstico de que as despesas precisavam ser limitadas, para que se estimulasse a aprovação de reformas estruturais do gasto público, a exemplo da reforma previdenciária, que foi aprovada em 2019. Mas também respondeu à falência do modelo de metas para o resultado primário, maculadas pela chamada “contabilidade criativa”. A saber, a meta de resultado primário, desde 2008, passou a ser descontada de despesas com investimentos (então abarcadas no “Programa de Aceleração do Crescimento – PAC”) e, depois, de desonerações tributárias. De tal sorte que, na prática, a meta fixada na LDO não condizia mais com o real esforço necessário para cumpri-la. Ao longo do tempo, e combinado com o período de deterioração do processo de crescimento econômico, a meta não só perdeu credibilidade, como a dívida/PIB passou a crescer⁹.

acessados neste link e datam dos anos de 1995 a 1998 - <https://bresserpereira.org.br/index.php/mare-ministerio-da-reforma-do-estado/documents-of-the-1995-managerial-reform>.

7 Emenda 95 disponível aqui: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm.

8 Emendas 113 e 114 disponíveis, respectivamente, aqui - https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc113.htm - e aqui - http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc114.htm.

9 Ver Salto, F. & Almeida, M. “Finanças públicas: da contabilidade criativa ao resgate da credibilidade” (Record, 2016).

O teto de gastos foi uma inovação institucional relevante, a se somar às múltiplas regras fiscais vigentes no país. A diferença é que seria uma regra mais difícil de se contornar, uma vez que a despesa teria de ser contida, como explicado, para que evoluísse no máximo à razão da inflação passada. A partir de 2017, aparentemente, o teto permitiu certa redução dos juros e do custo médio da dívida pública, como mostra Cavalcanti (2020)¹⁰. O teto também colaborou para motivar a discussão da reforma da previdência, levando à aprovação dessa mudança constitucional em 2019¹¹.

Desde sua promulgação, em 2016, o teto sofreu algumas modificações relevantes, como mencionamos. As três mais importantes se deram pelas Emendas 113 e 114, já citadas, e pela Emenda 109, de 2021. De modo abreviado, as três emendas alteraram o regime de pagamento de precatórios e sentenças judiciais, permitindo a postergação de débitos vencidos e abrindo espaço para gastos novos, no teto, e modificaram a correção do limite, já anteriormente elucidada.

Além disso, criaram espécie de regra de acionamento de medidas automáticas de ajuste fiscal (gatilhos) baseada no nível de despesas obrigatórias. Sempre que estas superarem 95% das despesas primárias, ambas sujeitas ao teto, então impedimentos a reajustes salariais e medidas de aumento real de gastos, em geral, estarão bloqueadas. Ocorre que, como a IFI mostrou, a calibragem da regra adotada foi errada. Para se atingir mais de 95% de despesas obrigatórias em relação a despesas primárias, as despesas discricionárias (que incluem investimento, custeio de diversas políticas públicas, bolsas de pesquisa acadêmica, dentre outros) teriam de ficar abaixo de 5%, levando a espécie de "shutdown" no setor público federal¹².

10 Cavalcanti, M.A. (2020). Texto para discussão do Ipea disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/teto-dos-gastos/>.

11 Emenda Constitucional nº 103, de 2019, disponível aqui: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm.

12 Ver o Relatório de Acompanhamento Fiscal (RAF) nº 50, de março de 2021, disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/586156/RAF50_MAR2021.pdf (Box nº

Dito de outra forma, o atual arcabouço, ainda que resultante de avanços expressivos ocorridos desde os anos 1980, caracteriza-se por uma desarmonia preocupante. Os resultados, apesar de positivos, em alguns períodos, não têm garantido uma responsabilidade fiscal permanente, premissa fundamental para recuperar o crescimento econômico do Brasil.

Em boa medida, é preciso avançar na direção de uma consolidação de normas com vistas a um objetivo macrofiscal comum, a exemplo da sustentabilidade da dívida pública, o que abordaremos na seção seguinte.

3. POSSIBILIDADES PARA UMA REFORMA FISCAL

No livro “Reconstrução: o Brasil nos anos 20”, publicado em 2022 pela Editora SaraivaJur, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, escrevo um capítulo sobre as regras fiscais, em parceria com Vilma Pinto e Guilherme Tinoco, também especialistas na matéria¹³.

Trago, aqui, alguns elementos novos e outros inspirados naquele trabalho, para o debate de propostas na área fiscal, à luz, ainda, das discussões travadas no referido painel do Fórum Jurídico de Lisboa.

Eyraud et al (2018)¹⁴ mostram que a adoção de boas regras fiscais, em geral, está correlacionada com déficits e dívidas menores. Evidentemente, as características dessas regras importam, bem como a sua coordenação e funcionamento. O essencial é que exista um objetivo comum, para que a ancoragem de cada normativo, lei e dispositivo constitucional possa ser minimamente garantida.

1).

13 Salto et al. 2022. “Reconstrução: o Brasil nos anos 20”. Editora SaraivaJur. Série IDP.

14 Eyraud, L. et al. 2018. “*Second-Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability*”. IMF. Staff Discussion Note. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/04/12/Second-Generation-Fiscal-Rules-Balancing-Simplicity-Flexibility-and-Enforceability-45131>.

Esse objetivo, comumente, é a sustentabilidade da dívida pública em relação ao PIB.

Como se sabe, a dinâmica da dívida pública depende da taxa real de juros, do crescimento real do PIB, do nível de endividamento e do resultado primário. Há uma equação que permite compreender como se dá a relação entre essas variáveis. Trata-se da equação de sustentabilidade dívida¹⁵.

Equação 1:

$$\text{Variação da dívida} = \text{déficit primário} + (\text{juros reais} - \text{crescimento real do PIB}) \times \text{dívida}$$

Isto é, sempre que o déficit primário aumenta, a variação da dívida é maior; quando os juros reais aumentam, a variação da dívida é igualmente maior; mas sempre que o crescimento econômico real sobe, a variação da dívida (em pontos percentuais do PIB) é menor. É fácil notar que, a partir desta equação, podemos definir, para determinados padrões de dívida, PIB e juros, qual o resultado primário necessário para que a “variação da dívida” seja igual a zero. Dito de outra forma, dadas as condições macroeconômicas e fiscais, é possível estabelecer objetivos de política fiscal, no âmbito do resultado primário, tendo em vista o equilíbrio da dívida/PIB, por exemplo.

Limites para as despesas, a exemplo do teto de gastos (EC 95) são úteis para isso, mas não estão ligados diretamente à sustentabilidade da dívida. O limite de gastos está mais relacionado ao tamanho do Estado, e não à sustentabilidade fiscal. No entanto, o compromisso com uma trajetória mais contida para as despesas públicas pode colaborar para a sustentabilidade

¹⁵ Ver Carlin, W. & Soskice, D. 2006. *“Macroeconomics: Imperfections, Institutions, and Policies”*. Oxford University Press.

da dívida/PIB. Já a meta para o resultado primário, esta, sim, está diretamente associada à sustentabilidade dívida, pois considera o lado da receita, também, e não apenas o da despesa.

Há vantagens e desvantagens em cada uma das regras fiscais. Tinoco (2020) faz uma avaliação abrangente dessas possibilidades e as compara. Algo interessante é que as metas de resultado primário ou de dívida (limite de dívida¹⁶) estão ligadas diretamente ao objetivo de equilibrar ou até reduzir a dívida/PIB. Mas, não necessariamente, são melhores ou piores do que as regras do tipo teto de gastos. O fundamental é a harmonização das diferentes normas em torno de um objetivo claro e simples, que possa levar à melhoria das condições de financiamento do Estado de modo permanente.

Uma possibilidade de arcabouço fiscal para o Brasil, com base na experiência pregressa, seria a combinação da meta de resultado primário ao teto de gastos, com um limite tendencial para a dívida pública. A meu ver, a meta de resultado primário poderia ser calibrada de acordo com a equação 1, acima, dado um cenário macroeconômico e fiscal (principalmente para a dívida) confeccionado pelo governo ou por um órgão independente, a exemplo da Instituição Fiscal Independente (IFI). Também se poderia pensar num comitê composto de membros do Executivo e do Legislativo, no campo técnico, para elaborar os cenários.

Fixada a meta de primário necessária para equilibrar (ou diminuir) a dívida/PIB durante certo período, ela teria de ser cotejada à evolução prospectiva das receitas públicas. E, dadas as receitas esperadas e a meta de primário fixada, então se poderia chegar ao teto de gastos para o ano em questão.

¹⁶ Aliás, o Brasil prevê, na Constituição Federal, previsão para fixação de limite de dívida para Estados, Municípios e União. No entanto, apenas os dois primeiros tiveram o dispositivo regulamentado. Vale dizer, a Emenda Constitucional n° 109, de 2021, acrescentou novas normas constitucionais a esse respeito, vinculando eventual fixação de limites para a dívida às metas de resultado primário e ao teto. No entanto, ainda não houve regulamentação.

Alguns mecanismos para elaborar políticas contracíclicas poderiam ser acoplados a esse arcabouço. Por exemplo, se a arrecadação realizada superasse a projetada, esse excedente poderia ser utilizado, em parte, para pagamento de juros e dívida e, em parte, para investimentos. Evidentemente, essa ideia geral teria de ser melhor discutida.

De todo modo, vamos a um exemplo numérico. Suponha dívida pública bruta projetada a 85% do PIB. Assumamos um cenário de crescimento econômico real de 2% e juros reais de 4%. Neste caso, o superávit primário necessário para estabilizar a dívida/PIB, a partir da equação 1, seria de 1,7% do PIB. Se a receita projetada for de 20% do PIB, a despesa teria de ser, no máximo, de 18,3% do PIB, com a meta de primário fixada em exatos 1,7% do PIB.

Se, até o fim do ano, a receita crescer mais do que o projetado e ficar em 21% do PIB, por exemplo, dada a meta de primário de 1,7% do PIB, a despesa poderia ficar em 19,3% do PIB, num primeiro momento. Mas, sob uma regra auxiliar como a descrita anteriormente, esse excedente de arrecadação ($21\% - 20\% = 1\%$ do PIB) poderia ser direcionado, em parte, para abater dívida (metade, por exemplo), restando 0,5% do PIB para gastar (sob a regra proposta, com investimentos, não com despesas correntes).

Mas, além de um bom arcabouço fiscal simples e crível, ancorado no objetivo de manter o controle da dívida/PIB, é preciso também imaginar mudanças para o processo orçamentário brasileiro. A esse respeito, novas reflexões e estudos terão de ser, tempestivamente, apresentados. Vale dizer que há uma série ¹⁷ de especialistas, no Brasil, se debruçando sobre as duas dimensões do problema: a fiscal e a orçamentária.

17 Um outro texto, do mesmo compêndio referenciado na nota de rodapé n° 14, de autoria de Daniel Couri e Paulo Bijos, indica alguns caminhos para se discutir uma modernização do processo orçamentário no Brasil, inclusive prevendo a adoção do chamado "*medium-term expenditure framework*" ou plano fiscal de médio prazo, sustentado por uma sistemática de revisão periódica de gastos.

Este será, talvez, o ponto mais importante para que, a partir de 2023, o país possa restabelecer as bases da responsabilidade fiscal e, assim, criar as condições necessárias à prosperidade econômica e à redução das desigualdades sociais.

4. CONCLUSÃO

Neste artigo, discutiu-se a conjuntura fiscal brasileira. Em seguida, apresentou-se uma proposta para harmonizar as regras fiscais vigentes, com vistas a buscar a sustentabilidade da dívida/PIB, de um lado, e a garantir mecanismos de política contracíclica. Restabelecer a credibilidade na área de contas públicas, com regras transparentes e compromisso político em torno delas, é o passo inicial – e inescapável – para o Brasil voltar a crescer.

CAPÍTULO 5

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO



MARCUS VINICIUS FURTADO COÊLHO

É doutor em Direito Processual pela Universidade de Salamanca. Foi secretário-geral da Ordem dos Advogados do Brasil e coordenador do Exame de Ordem Unificado. Atualmente, é presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB e coordenador da Procuradoria Constitucional da mesma instituição.

**MARCUS VINICIUS
COELHO**

O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A relação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional tem se intensificado dada a tamanha importância e imbricação desses ramos da ciência jurídica tendo em vista a concretização dos direitos fundamentais e a efetivação das políticas públicas. A partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, tem-se observado a difusão das normas fundamentais e a incorporação dos princípios e normas constitucionais à atividade executiva, o que têm gerado um movimento de releitura de institutos e conceitos, especialmente intensificado em contextos de crise.

Diante disso, o presente artigo apresenta em seu primeiro capítulo um estudo mais acurado acerca do processo de constitucionalização do direito administrativo no Brasil e seus reflexos no controle judicial da administração pública. Inicia-se traçando panorama histórico da constitucionalização do direito e sua incidência no direito administrativo, conduzindo-se até uma análise do controle judicial da administração pública e suas hipóteses de ocorrência e abrangência.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se a abordar o controle da administração pública no contexto pandêmico. A crise sanitária do coronavírus demandou a implementação de drásticas e necessárias medidas de isolamento e distanciamento social, resultando em ampla recessão, significativa redução da produção industrial e impactos na prestação dos serviços em geral. Como reflexo, houve aumento da demanda social por segurança jurídica e, nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem desempenhado papel de destaque tanto nas resoluções de conflitos democráticos como na promoção do controle judicial da administração pública.

Nesse íterim, o presente estudo analisa três julgados emblemáticos, no âmbito do STF, acerca do controle judicial da administração pública no contexto da pandemia de covid-19, a saber: i) ACO nº 3.508, caso do Censo Demográfico do IBGE a ser realizado durante a pandemia; ii) ADI nº 6.586, que tratou da vacinação compulsória contra o coronavírus; e iii) ADPF nº 635, acerca da proibição de operações policiais nas favelas do Estado do Rio de Janeiro.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL E O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até meados do século XX na Europa a Constituição era tida como um documento essencialmente político, como uma compilação de promessas abrangentes, carentes de aplicabilidade imediata. Com o movimento de constitucionalização, pós 2ª Guerra Mundial, essa percepção passou a ser modificada e desde então os textos constitucionais têm tido reconhecimento de força normativa com caráter vinculativo e obrigatório, sendo interpretados como normas jurídicas dotadas de imperatividade e não mais como meros programas ou recomendações.

O caráter normativo da Constituição foi primeiramente reconhecido no célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803¹. Ao ensejo, a evo-

1 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 178 (1803). A Suprema Corte americana reconheceu, pela primeira vez em sua história, o controle judicial de constitucionalidade, baseada nas seguintes

lução da teoria constitucionalista pode ser verificada na reaproximação do direito e da moral com a consagração de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos no próprio texto constitucional. Como exemplo, cita-se a Constituição mexicana de 1917, uma das precursoras do constitucionalismo social, com um conteúdo que influenciaria de “forma marcante as constituições ocidentais promulgadas nos entreguerras e mesmo após a segunda grande guerra”².

A renovação do Direito Constitucional no Brasil também esteve vinculada ao processo de redemocratização do país. A promulgação da Constituição de 1988 é um marco na história política e constitucional brasileira: no âmbito político, ela consolida a transição do regime militar para o regime democrático e, no âmbito jurídico, é a Carta mais abrangente da história do Brasil em termos de direitos e garantias fundamentais. Conforme aponta Luís Roberto Barroso, “a aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política”³ a que chamamos de Estado democrático de direito.

Invocando a supremacia da Constituição, o Estado democrático de direito tem retratado o fenômeno da constitucionalização do direito, com ampla incidência em diversos ramos da ciência jurídica. A partir desse fenômeno, “os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”⁴. Nesse contexto, os princípios e as regras presentes na Carta Magna repercutem tanto nas relações entre os particulares como também na atuação dos três Poderes do Estado.

premissas: a) a supremacia da Constituição de 1787 (*higher law*), b) a nulidade de lei inconstitucional; e c) o reconhecimento do Poder Judiciário como intérprete final da Constituição. Registre-se, no entanto, que a formulação teórica do controle judicial de constitucionalidade já se encontrava consagrada no Federalista 78, de autoria de Alexander Hamilton. Veja-se: MADISON, James. Os artigos federalistas: 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-485.

2 MONTEIRO, Fernanda Xavier; ASSUNÇÃO, Haroldo Celso de. A constitucionalização dos direitos sociais uma análise comparativa das constituições mexicana de 1917 e de weimae de 1919 como precursoras do constitucionalismo social e sua sindicabilidade. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9ad6aaed513b7314>>. Acessado em 11 mar. 2022.

3 BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). P. 3.

4 BARROSO, Luíz Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord.: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. P. 32.

Com isso, demanda-se uma releitura de todo o ordenamento jurídico a partir dos princípios fundamentais. Quando o assunto é a constitucionalização do direito administrativo, o que se verifica é a significativa redução da chamada discricionariedade, pois o administrador deixa de ser um mero executor de ofício da lei e passa a primar pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, devendo observância aos princípios e valores essenciais que irradiam para além dos estritos conceitos do direito administrativo.

Nos termos do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nessa linha, a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais, bem como o reconhecimento de uma eficácia mínima às normas constitucionais, garantida pelos direitos fundamentais, possibilita a judicialização dos direitos subjetivos, de forma conseqüente, e “essa reinterpretação acerca da efetividade dos princípios constitucionais acarreta uma sensível diminuição da discricionariedade”⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o que também contribuiu para redução da discricionariedade foi “a superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído apenas por normas programáticas, dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas”⁶. A concretude da Constituição e a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade estão vinculadas à evolução do Estado de Direito que, automaticamente, atrai o controle da atividade administrativa.

Nos regimes absolutistas, não havia abertura para se falar em controle, visto que todo poder se concentrava no soberano. De outro lado, no chamado Estado Liberal de Direito, a interpretação

5 FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51 Número 203 Jul./set. 2014. P. 149.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 42.

predominante do princípio da legalidade permitia à Administração fazer tudo o que a lei não proibia, o que possibilitava o arbítrio desmotivado.

Por sua vez, conforme pondera Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, “de nada adiantaria condicionar a atuação estatal à estrita observância das regras legais, se sua atividade não pudesse ser controlada de forma efetiva e seus desvios rigorosamente apurados e censurados com a devida proporcionalidade”⁷. Portanto, o nível de eficácia do Estado de Direito está relacionado ao nível de controle da atividade pública e esse pode ser exercido por meio do autocontrole, ou controle interno, controle pelos Tribunais de Contas e pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Destaca-se que o poder de autotutela da Administração é reconhecido pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que prevê que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais (...); ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Por imposição constitucional, nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação judicial⁸, trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição que se articula com o princípio da inércia segundo o qual sem ação não pode haver jurisdição. Nessa perspectiva, o controle jurisdicional da Administração abrange não só os atos, mas também os contratos, as atividades, operações materiais, a indiferença e a omissão da administração pública.

Consoante leciona Odete Medauar, o controle jurisdicional da Administração se organiza em três sistemas⁹. O primeiro é o da jurisdição dupla ou dualista, caracterizada pela existência paralela de

7 NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. P. 130.

8 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inc. XXXV.

9 MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. P. 192.

duas ordens de jurisdição, uma ordinária ou comum e uma administrativa. Esse modelo é adotado na Colômbia, França, Portugal, Luxemburgo, Alemanha, Suécia e Polônia, por exemplo. O segundo sistema é o de jurisdição mista e, em síntese, para além do caráter dualista, possui um único tribunal que representa o último grau dos litígios em geral, sejam eles administrativos ou não. Vale ressaltar que não há um padrão determinado para esse modelo, que é aplicado, por exemplo, na Espanha, Eslovênia, Romênia e Suíça¹⁰.

Por último, o terceiro sistema é o da unidade de jurisdição, ou seja, os litígios em que a Administração é parte competem aos tribunais e juízes comuns, podendo haver o reconhecimento de varas especializadas, mas a ordem de jurisdição é única. Nesse sentido, verifica-se o sistema dos Estados Unidos, da Irlanda, Argentina e muitos outros países da América Latina, como é o caso do Brasil¹¹. Portanto, cabe ressaltar que alguns dos pontos negativos da jurisdição una são a ausência de *expertise* dos julgadores e a sobrecarga do Poder Judiciário com ações contra a Administração.

O dever do Estado de concretizar os direitos sociais, para além da função institucional do Poder Executivo, passou a ser também assegurado por meio de decisões judiciais em que se avaliava a compatibilidade dos atos da Administração com as normas e princípios constitucionais. A própria Constituição Federal prevê uma série de remédios para a reprimenda de atos administrativos ilegais e inconstitucionais – como o mandado de segurança individual, o mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data* – e ações para a garantia dos interesses difusos e coletivos, a exemplo do mandado de segurança coletivo, da ação popular e da ação civil pública.

Diante de omissões prolongadas e antijurídicas da Administração Pública, o Poder Judiciário tem assumido protagonismo na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, derivados de normas constitucionais. A jurisprudência do Tribunal Constitucional português tem denominado tal ordem de

10 NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. P. 134.

11 Idem.

ideias como “vedação de retrocesso social” ou da “não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”¹². No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem invocado tal entendimento com o objetivo de restringir a liberdade de conformação do legislador e a fim de limitar a discricionariedade do administrador público, com esteio nas normas constitucionais.

Por força do princípio da separação dos poderes, não compete ao Judiciário substituir-se ao juízo de oportunidade e conveniência conferido ao administrador. Contudo, pode o magistrado realizar o controle das políticas públicas no que tange à sua compatibilidade com os preceitos constitucionais e as determinações legais, os quais vinculam os atos da administração pública. Não obstante, referido controle não pode embaraçar o desempenho constitucional regular das atividades do Poder Executivo, sob pena de usurpação de funções típicas e desequilíbrio entre os poderes, que devem ser harmônicos entre si.

Na atualidade, o controle judicial dos atos administrativos não mais se restringe à legalidade formal, tendo em vista que “na medida em que o Estado assume a prestação direta dos serviços de teor econômico ou assistencial, o interesse e mesmo a sobrevivência de um grande número de indivíduos passam a depender da eficiência da Administração e não apenas de sua legalidade”¹³. Assim, vê-se que o controle jurisdicional se fundamenta em princípios constitucionais e infraconstitucionais para reafirmar, sobretudo, o Estado democrático de direito a partir da supremacia da Constituição, da promoção da cidadania, do respeito à dignidade da pessoa humana e da garantia dos valores sociais e dos direitos fundamentais.

12 QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. P. 69.

13 MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. P. 15.

CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia de covid-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020, impôs ao mundo uma nova realidade ao reconfigurar o cenário político-econômico e apresentar uma série de desafios de todas as ordens, atingindo níveis alarmantes de impactos e prejuízos sanitários, econômicos, políticos e sociais. Ainda não é possível mensurar com precisão a abrangência dos impactos oriundos da pandemia, mas é certo que serão profundos e duradouros.

O gerenciamento dessa emergência multidimensional tem exigido a articulação de distintos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, visando a promoção de ações coordenadas, com o suporte dos recursos públicos, para a proteção do interesse público e assim apresentar uma eficiente resposta estatal. Diante disso, medidas de contenção foram determinadas na tentativa de conter o avanço da doença e da crise que se sucedeu, inaugurando o que alguns juristas têm denominado de “Direito Administrativo Extraordinário” ou “Direito Administrativo Pandêmico”, em razão das demandas específicas da conjuntura especial de emergência.

O núcleo do exercício da atividade administrativa é um dever que, no sentido jurídico, remete a uma função. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser exercida dentro dos termos legais, visando o atendimento de uma finalidade preestabelecida pela ordenação normativa¹⁴. De acordo com a doutrina de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, o particular tem o “direito subjetivo” de demandar da autoridade a edição de determinado ato, por força da competência vinculada, sob pena de sujeitar autoridade omissa à correção judicial¹⁵.

14 TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* n° 79, jan./mar. 2021. P. 239.

15 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição*. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 169.

No contexto de crise generalizada, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem recebido destaque tanto na moderação dos conflitos federativos como também no controle judicial da administração pública. Segundo o Painel de Ações covid-19, desde março de 2020, quando foram decretadas as primeiras medidas de prevenção ao contágio do coronavírus, até fevereiro de 2022, o STF registrou 10.295 processos sobre a temática e já proferiu 13.526 decisões¹⁶.

É verdade que esse aumento no número de casos não se deve exclusivamente à pandemia. Antes disso, o Poder Judiciário já vinha sendo chamado a intervir em políticas públicas, sobretudo em áreas como saúde, educação, meio ambiente, segurança pública e, excepcionalmente, o Poder Judiciário também era responsável pelo redirecionamento de recursos públicos. Assim, respondendo às demandas que visam superar a pandemia, resguardar a saúde, a vida, a legalidade e a segurança jurídica, o Supremo tem se debruçado sobre casos emblemáticos nesse cenário.

A seguir, será feita a análise de três diferentes julgados, dos muitos que merecem destaque, em meio ao enfrentamento da crise sanitária, econômica, política e social. Tratam-se de três casos em que atos e omissões da Administração Pública foram questionados em face da Constituição Federal e que, diante das inconstitucionalidades apuradas, provocou-se o controle judicial de ações e omissões administrativas.

i) Censo Demográfico do IBGE 2021/2022

A fim de sanar inconstitucionalidades e ilegalidades decorrentes da ausência de implementação de atos administrativos e da alocação de recursos destinados à realização do censo demográfico no ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal foi acionado, por intermédio da Ação Cível Originária (ACO) nº 5.508, para realizar o controle judicial da Administração Pública.

¹⁶ STF.Estatísticas.Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5>>.

Ajuizada diretamente no STF pelo Estado do Maranhão em desfavor da União e da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a ACO nº 3.508 sustentou que o orçamento sancionado pela Presidência da República não teria contemplado dotação orçamentária suficiente para a realização do censo nacional previsto para ocorrer no curso do ano de 2021. Portanto, permeia a referida ACO o debate sobre a legitimidade do Poder Judiciário para avaliar a alocação de recursos públicos, realizada por gestores públicos, principalmente no que se refere ao financiamento de ações estatais que servem de anteparo para o gozo de direitos fundamentais.

De acordo com a inicial da ação, os recursos dedicados naquele exercício financeiro às pesquisas do IBGE são manifestamente insuficientes para proceder com o estudo demográfico, realizado a cada dez anos, de inegável relevância para a contagem populacional, a identificação de características, modos de vida e condições de moradia, para o fim de subsidiar ações em todos os níveis do governo e fomentar investimentos da iniciativa privada. Além disso, argumenta que a ausência do censo compromete o cálculo e o repasse de verbas para os estados e municípios¹⁷.

Conforme manifestou-se nos autos a Advocacia-Geral da União, cabe exclusivamente às autoridades eleitas a opção política pela execução do Censo Demográfico do IBGE e as decisões de alocação de recursos públicos devem ser respeitadas pelo Poder Judiciário, ainda que o corte de despesas venha a acarretar o descumprimento de determinações legais, como é o caso da periodicidade decenal dos recenseamentos estabelecida no artigo 1º da Lei nº 8.184/1997. Acrescenta que as decisões judiciais podem causar reflexos nocivos aos mecanismos constitucionais e ao aprimoramento das políticas públicas que compõem a agenda social do Estado brasileiro.

17 STF. ACO nº 3.508. Relator o Ministro André Mendonça. Redator do acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Dj. 17.05.2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6163437>>. Acessado em 11 mar. 2022.

Importante destacar que o exercício da jurisdição constitucional abarca a defesa dos direitos fundamentais negligenciados pelo Estado nas situações de descumprimento por omissão de políticas públicas instituídas pelo Poder Legislativo. Especificamente em relação ao censo demográfico, o Brasil possui lei federal, em pleno vigor, que impõe a realização do Censo Demográfico em uma periodicidade determinada.

O Ministro Marco Aurélio, inicialmente relator do caso, acatou a fundamentação da petição inicial e deferiu o pedido liminar destacando que, conforme previsão constitucional, compete à União “organizar os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional”¹⁸. Essa decisão foi posteriormente referendada pelo Plenário nos termos do voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes, que divergiu parcialmente do relator para determinar a adoção de medidas voltadas à realização do censo, observados os parâmetros do IBGE, no âmbito da própria discricionariedade técnica no exercício financeiro seguinte ao da concessão da tutela de urgência, qual seja o ano de 2022.

Na ocasião, o Supremo reiterou sua jurisprudência no sentido de que o Estado Constitucional, de um lado, assegura o postulado de proteção e, de outro, veda a proteção insuficiente. Vale dizer, os fundamentos constitucionais não podem ser deixados ao arbítrio do gestor público, uma vez que tal disposição tem potencial de comprometer significativamente os direitos assegurados pela Carta Cidadã. Assim, com o objetivo de evitar negligências legais e ações ou omissões inconstitucionais, reconhece-se, excepcionalmente, a possibilidade da atuação mais incisiva da jurisdição sem, contudo, desprestigiar o espaço de discricionariedade próprio das instâncias políticas.

Neste caso, portanto, o STF reconheceu que para garantir a efetividade dos compromissos constitucionais é indispensável que haja atuação conjunta dos Poderes da Federação, cabendo: ao Legislativo a elaboração e aprovação das leis; ao Executivo a efetivação direta das leis; e ao Judiciário a interpretação das leis, aplicação

18 Art. 21, inciso XV da Constituição Federal.

no caso concreto e o dever de garantia de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, cabendo inclusive a imposição de providências.

ii) Vacinação compulsória contra o coronavírus

Diante das afirmações públicas do Presidente da República de que a vacina contra a covid-19 não seria obrigatória no Brasil, contrariando a orientação de especialistas e médicos infectologistas que a consideram essencial para o combate à pandemia, o Partido Democrático Trabalhista ajuizou no Supremo Tribunal a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.586. A ação teve por pleito principal obter interpretação conforme a Constituição de um dispositivo da Lei nº 13.979/2020, lei que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

O dispositivo questionado¹⁹ na ADI nº 6.586 determina a realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas que, nos termos da lei, só poderão ser “determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”²⁰. Diante disso, requer-se a interpretação conforme a Constituição para assegurar a competência dos gestores locais de saúde, ressaltar a forma federativa do Estado e rechaçar eventual interpretação de que o Ministério da Saúde deteria a competência exclusiva para dispor sobre a compulsoriedade da imunização.

Por outro lado, a Advocacia-Geral da União suscita que o Poder Judiciário não poderia decidir sobre medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia da covid-19 porque caberia exclusivamente ao Poder Executivo definir a necessidade ou não da obrigatoriedade da vacinação e a intervenção de decisão judicial seria

¹⁹ Art. 3º, inc. III, al. “d”, Lei nº 13.979/2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acessado em 11 mar. 2022.

²⁰ Idem. Art. 3º, §1º.

uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. Alega que, embora a compulsoriedade da vacinação esteja prevista na legislação, é prematura a discussão sobre a obrigatoriedade da vacinação contra o coronavírus²¹.

Como visto, inobstante o princípio da separação dos poderes, é possível a realização do controle judicial dos atos da administração pública pelo Judiciário a fim de conformá-los à ordem constitucional e à legalidade vigente. Por força do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não se exclui da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. Nesse sentido, Paulo Magalhães da Costa Coelho pondera a “impossibilidade da existência de atos que provenham do Estado ou da Administração Pública insuscetíveis de controle quando ameacem, tocarem ou ferirem direitos individuais, coletivos ou difusos ou atentarem contra a Constituição e seus vetores axiológicos”²².

Ao julgar a ação, o Plenário do Supremo assinalou que “vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário” possibilitando, porém, a implementação de medidas indiretas como, por exemplo, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei ou delas decorrentes. Ademais, fixou-se que a ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes é imprescindível, bem como o respeito à dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas.

Verifica-se que o Tribunal não adentrou em discussões técnicas no âmbito médico, haja vista não possuir *expertise* quanto ao tema. Mas, tão somente, sopesou a previsão legal que determinava a compulsoriedade da vacinação com o direito à integridade sobre o próprio corpo, traçando, em decorrência disso, a diferenciação entre vacinação compulsória e vacinação forçada, essa última vedada pelo ordenamento jurídico. Considerando-se a existência de

21 STF. ADI nº 6.586. Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Dj. 17.12.2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>>. Acessado em 11 mar. 2022.

22 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 937.

lei em vigor determinando a obrigatoriedade da vacinação, não há que se falar em invasão do Poder Judiciário sobre as competências administrativas.

Por fim, restou estabelecido que as vacinas devem ser distribuídas universal e gratuitamente e as medidas profiláticas podem ser implementadas tanto pela União como pelos estados, Distrito Federal e municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência, e que tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes.

iii) Suspensão de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro

É verdade que as polícias exercem o monopólio da força, mas no Estado Democrático de Direito o uso dessa força está condicionado aos princípios normativos e técnicos de âmbito nacional e internacional, além de estar submetida aos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, necessidade e conveniência. No tocante à letalidade decorrente de forças policiais, o Estado do Rio de Janeiro recebe destaque por apresentar os maiores índices do país que, segundo dados do IPEA e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, recaem principalmente sobre os indivíduos negros.

Em 2019, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) nº 635, visando obter o reconhecimento das violações a preceitos constitucionais em razão da excessiva e crescente letalidade da atuação policial, requerendo, entre outras medidas, “que o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de adotar a política pública de segurança que estimula o abatimento e/ou neutralização de pessoas, que resultou no maior índice de homicídio por intervenção policial dos últimos 21 anos”²³.

²³ STF. ADPF nº 635. Relator o Ministro Edson Fachin. Dj. 18.08.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acessado em 11 mar. 2022.

Diante do contexto pandêmico, em maio de 2020 foi feito um pedido de tutela provisória incidental, uma vez que os moradores das comunidades do Rio de Janeiro passaram a permanecer mais em suas casas em decorrência da crise sanitária internacional e dada a manutenção dos altos índices de violações mencionados. Para mais, ressaltou-se que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2011, no caso Favela Nova Brasília, não apenas pelas violações causadas pelo excesso no uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo.

A mora da Administração no cumprimento da determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos consistiu em tese fundamental para a conclusão do Supremo Tribunal Federal de que o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial. Tanto a medida cautelar como a tutela provisória incidental foram concedidas e referendadas pelo Plenário do STF que determinou, sob pena de responsabilização civil e criminal, que “não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente”²⁴, devendo ser feita comunicação imediata ao Ministério Público do Estado responsável pelo controle externo da atividade policial.

Segundo o Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos da Universidade Federal Fluminense (GENI-UFF), que realizou o estudo *Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro: os impactos da ADPF 635 na defesa da vida*, nos primeiros quatro meses da decisão “a letalidade policial no ano de 2020 apresentou um decréscimo de 34% com relação ao ano anterior” e “pelo contraste entre a projeção tendencial e o número efetivo de ocorrências desse tipo (1375 e 1087, respectivamente), pode-se afirmar que a restrição das operações policiais salvou, ao menos, 288 vidas em 2020”²⁵.

24 Idem.

25 GENI - UFF. *Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro: Os impactos da ADPF 635 na defesa da vida. Relatório de Pesquisa. Grupo de Estudos dos Novos Ilegalismos.*

Neste caso, o controle judicial da Administração Pública realizado pelo Supremo Tribunal Federal gerou benefícios sociais e contribuiu para a preservação da vida em face da violência letal da polícia carioca. Contudo, referida decisão não foi de todo respeitada e em maio de 2021 uma operação policial na Favela do Jacarezinho, zona norte do Rio de Janeiro, resultou na segunda maior chacina da história do estado, deixando 28 pessoas mortas²⁶. Segundo dados do GENI, uma crescente rotinização do desrespeito à decisão do STF foi identificada a partir do mês de outubro de 2020, quando as operações policiais começaram a aumentar e o número de mortes no Estado triplicou²⁷.

Nesse julgado, é possível observar que o controle judicial da administração pública tem eficácia limitada, uma vez que frequentemente as autoridades administrativas esvaziam as decisões judiciais, descumprindo-as. Do desenho institucional da organização dos Poderes estabelecido pela Constituição Federal, extrai-se que a “última palavra” pertence ao Poder Judiciário. Na mesma toada, é sabido que o descumprimento de decisão judicial do tribunal constitucional por autoridade constitui crime de responsabilidade por oposição ao livre exercício do Poder Judiciário, nos termos do artigo 6º da Lei nº 1.079/1950.

Portanto, é evidente que o Poder Judiciário, sozinho, não consegue, e nem poderia, solucionar todos os problemas que circundam a administração pública por meio de decisões judiciais. Nos termos do artigo 2º da Constituição Federal, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. Nesse modelo tripartite, as diferentes atribuições para cada esfera

Universidade Federal Fluminense. Elaboração: Daniel Hirata; Carolina Grillo; Renato Dirk; Diogo Lyra; e Julia Sampaio. Março/ 2021. P. 3. Disponível em: <http://geni.uff.br/wp-content/uploads/sites/357/2021/04/Relatorio-audiencia_balanco_final_22_03_2021-1.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

26 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/mortes-no-jacarezinho-com-28-mortos-operacao-policial-na-comunidade-da-zona-norte-a-mais-letal-da-historia-do-rio-25006044>>; <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/saiba-quem-sao-e-como-morreram-as-28-vitimas-do-jacarezinho.shtml>> e <<https://www.poder360.com.br/brasil/numero-de-mortos-na-operacao-do-jacarezinho-sobe-para-28/>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

27 GENI - UFF. Operações policiais e violência letal no Rio de Janeiro: Os impactos da ADPP 635 na defesa da vida. Relatório de Pesquisa. Grupo de Estudos dos Novos Illegalismos. Universidade Federal Fluminense. Elaboração: Daniel Hirata; Carolina Grillo; Renato Dirk; Diogo Lyra; e Julia Sampaio. Março/ 2021. Pp. 14 e 15.

do poder estão delimitadas o funcionamento eficiente da máquina estatal, e isso requer a atuação articulada e dialógica por parte dos poderes da República.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL E O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A constitucionalização do direito administrativo advém da submissão da Administração Pública aos princípios constitucionais vinculados à evolução do Estado de Direito e à força normativa da Constituição Federal. Por força da Carta Cidadã, nenhuma decisão de qualquer outro órgão, seja ele afeto ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo, que cause lesão ou ameaça a direito, pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Dessa forma, qualquer ato, seja ele comissivo ou omissivo, está sujeito ao controle jurisdicional, desde que o Judiciário seja provocado a se manifestar.

No entanto, essa previsão não pode ser lida de forma a converter o Judiciário em uma espécie de “superpoder”, haja vista que as normas constitucionais e o ordenamento jurídico são o limite a que se submetem todos os poderes, indistintamente. As decisões judiciais não podem legislar e tampouco substituem o juízo de conveniência e oportunidade típico do administrador. Compete ao Poder Judiciário controlar o Poder Executivo, contudo, esse controle não pode transtornar o regular desempenho da Administração Pública, sob pena de desequilíbrio entre os poderes que, nos termos da Carta Cidadã, devem atuar em harmonia.

No contexto de crise generalizada da pandemia da covid-19, o controle judicial da administração pública tem desencadeado uma proeminência mais significativa do Supremo Tribunal Federal, pois com certa celeridade ele tem proferido decisões acerca de demandas que perpassam por problemas causados pela emergência internacional do coronavírus. Neste estudo, analisamos três julgados emblemáticos do STF acerca do controle judicial de atos, omissões e políticas da Administração Pública.

No caso do censo demográfico do IBGE, é possível observar que o espaço da discricionariedade do administrador não pode incorrer em negligências legais, ações ou omissões inconstitucionais, sendo cabível o controle judicial inclusive com excepcional intervenção na alocação de recursos públicos.

Já o caso da vacinação compulsória reforça que é cabível o controle judicial dos atos praticados por agentes públicos sempre que houver lesão ou ameaça a direito e que tal verificação não incorre em ofensa à separação dos poderes sempre que a análise judicial for técnica-administrativa.

Por fim, o caso da proibição de operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro evidencia, entre outros fatos, que, em pese o Poder Judiciário detenha a “última palavra” na arquitetura institucional, isso não garante, por si só, a efetividade e o respeito às suas decisões, já que se faz necessária a articulação dos demais Poderes para que se obtenham benefícios sociais permanentes ou, ao menos, duradouros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luíz Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Coord.: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. Revista de Informação Legislativa. Ano 51 Número 203 Jul./set. 2014.

MADISON, James. Os artigos federalistas: 1787-1788. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MONTEIRO, Fernanda Xavier; ASSUNÇÃO, Haroldo Celso de. A constitucionalização dos direitos sociais uma análise comparativa das constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 como precursoras do constitucionalismo social e sua sindicabilidade. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9ad6aaed513b7314>>.

NETO, Tarcísio Vieira de Carvalho. Controle jurisdicional da Administração Pública: Algumas ideias. Revista de Informação Legislativa. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa em tempos de pandemia e a possível incidência da Lei de Improbidade Administrativa. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 79, jan./mar. 2021.



RAQUEL ALEXANDRA BRÍZIDA CASTRO

É doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. É investigadora principal do Centro de Investigação de Direito Público do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**RAQUEL ALEXANDRA
CASTRO**

ALGUMAS NOTAS PROCESSUAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DE EMERGÊNCIA NA ORDEM JURÍDI- CO-PROCESSUAL PORTUGUESA: EM ESPECIAL, A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMI- NISTRATIVA DA PANDEMIA”

1. RAZÃO DE ORDEM

O tema das Constituições de emergência, dos direitos e dos poderes de emergência, conheceu importantes sobressaltos acadêmicos e científicos no combate normativo à pandemia causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2/Covid-19. No ordenamento jurídico-constitucional português, o modelo normativo adotado, estranho e alternativo ao sistema positivo de emergência, agudizou a deficiente clareza dogmática sobre a Constituição portuguesa dos direitos e dos poderes de emergência. Em consequência, naquela que foi a primeira experiência de exceção constitucional durante a vigência da atual Constituição da República Portuguesa (CRP), perante as inúmeras e surpreendentes inquietações jurídico-constitucionais, quisemos contribuir com as nossas reflexões her-

menêuticas. Foi o que fizemos em 2020, através do artigo: "Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias?" "*Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?*"¹; em 2021, através da elaboração de um pequeno texto sobre "Eleições em Estado de Exceção?"² e, no ano em curso, com a publicação que aguardamos da nossa monografia "Justiça Constitucional de Emergência"³. Atenta à compreensível reduzida dimensão do presente artigo e tendo como pressuposto o aprofundamento dogmático de outras dimensões atinentes à ossatura da Constituição de emergência, nos textos mencionados supra, optamos por nos concentrar numa perspectiva, até agora, menos tratada: alguns dos problemas jurídico-processuais que a jurisprudência constitucional e administrativa revelou ou sublimou, até ao momento⁴, no contexto do controle de constitucionalidade de normas de emergência.

Sem prescindir, não podemos deixar de caracterizar, nas linhas que se seguem, o modelo português de poderes normativos de emergência, ainda que em termos, necessariamente, perfunctórios, substrato essencial de um correto enquadramento jurídico-constitucional das questões convocadas para a presente análise.

1 Brízida Castro, Raquel (2020) "Direito Constitucional em tempos de pandemia: Pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias?" "*Constitutional Law in times of pandemic: Can the Constitution survive health crises?*" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, número 1 de 2020 (ano LXI), Número Temático: Cvid-19 e o Direito; issn 0870-3116; pp. 645-679: https://drive.google.com/file/d/1hYglOv6WWR7FwmCICDBQYB4_PV9f0-1/view

2 Brízida Castro, Raquel (2021), "Eleições em Estado de Exceção?" in *Observatório Almedina*, 22 jan 2021: <https://observatorio.almedina.net/index.php/2021/01/22/eleicoes-em-estado-de-excecao/?fbclid=IwAR3APuRAuZ4h7-7liToC8okcVZtAyHVvCuJPY3TLqtriucejqgNsEkjiY>

3 Esta monografia corresponde ao Projeto Científico (pp. 25-322) que apresentámos, em 2 de Dezembro de 2021, no âmbito do *curso documental internacional, para recrutamento, na modalidade de contrato de trabalho em funções públicas por tempo indeterminado, de dois Professores Associados, na área disciplinar de Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, conforme Edital n.º 1123/2021, publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 15 de outubro de 2021. Neste momento, o sobredito Concurso encontra-se pendente.*

4 Fevereiro de 2022.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS DE PODERES NORMATIVOS DE EMERGÊNCIA⁵: BREVÍSSIMA SÍNTESE E REMISSÃO

a) O modelo português é um modelo dualista e de diferenciação atípica:

(I) é um modelo dualista pois coexistem normas constitucionais e de normas legislativas de emergência, de natureza genérica, inexistindo uma separação estanque entre ambas;

(ii) é diferenciado, pois rejeita uma visão unitária da ordem jurídica, impondo uma clara separação, no plano jurídico, entre a normalidade e a exceção ou emergência.

Essa separação reflete-se, todavia, numa *diferenciação atípica*, pois a Constituição de emergência consagra, expressamente, *uma visão unitária do equilíbrio institucional de poderes* que se reflete no sistema de atos normativos e na repartição constitucional das competências dos órgãos de soberania, em normalidade e exceção constitucionais. O respeito pelo equilíbrio institucional de poderes, tal como resulta da Constituição portuguesa de emergência, implica a conjugação da repartição constitucional das competências, prevista para a normalidade constitucional, com os poderes normativos extraordinários conferidos ao Presidente da República em estado de exceção.

b) O modelo português é um modelo constitucional de separação de poderes "*sui generis*":

No contexto de modelos de poderes de emergência com a preocupação, formal ou substancial, de garantir a separação de poderes, é geralmente apontado um critério orientador decisivo: a distinção entre a autoridade que declara o estado de emergência, que deverá ficar a cargo do órgão popular mais representativo, e o

5 O presente artigo baseia-se na nossa monografia a que aludimos na nota 4.

órgão que detém os respectivos poderes⁶⁷. Na senda da ditadura constitucional romana, trata-se de evitar o risco de os titulares do poder de declaração da emergência o usarem, em arbitrários.

O modelo português constitucional de emergência pretende garantir a separação de poderes através de um paradigma dinâmico e complexo de interdependência dos poderes, que exige a intervenção de uma pluralidade de órgãos na sua decretação, regulação e execução. Com efeito, mesmo em estado de exceção, a Constituição faz questão de salvaguardar os seus instrumentos de controle mútuos e interorgânicos. Ao esquema de repartição de poderes de emergência pelos vários órgãos corresponde, naturalmente, um complexo sistema de atos normativos, legislativos e administrativos, onde cada um deles desempenha uma função constitucionalmente única relevante. Neste ponto, distingue-se claramente do arquétipo da Constituição de Weimar – e do seu artigo 48.º -, “que atribuía ao Presidente do Reich a autoridade para declarar o estado de exceção, suspender direitos fundamentais, adoptar as medidas que entendesse convenientes e autorizar o executivo federal a adoptar outras”⁶⁸.

Impõe-se, assim, reconhecer que a mencionada separação entre o poder de declaração e o poder de execução é atenuada no ordenamento jurídico-constitucional português, o que permite recortar um modelo de separação de poderes “*sui generis*”. Note-se que o intuito dessa separação é o de salvaguardar que o órgão que declara a emergência não dispõe dos poderes de emergência, partindo do pressuposto de que quem dispõe dos poderes de emergência é o órgão a quem compete a execução. Ora, em termos prudentes, o legislador constituinte português optou por não pro-

6 E.-W. Böckenförde (2020) “The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in M. Künkler and T. Stein (eds.), *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press; p. 128.

7 E.-W. Böckenförde (2020) “The Repressed State of Emergency: The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances”, in M. Künkler and T. Stein (eds.), *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press; p. 129.

8 Almeida Ribeiro perfilha uma leitura significativamente restritiva do papel presidencial no estado constitucional de exceção português, reconduzindo o Decreto presidencial a um ato meramente declaratório. Neste contexto, sustenta a tese de que o Governo dispõe de poderes normativos extraordinários em estado de exceção – Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; cit., p. 51.

ceder a uma separação clara entre o órgão a quem a Constituição confere a competência para a declaração do estado de exceção – o Presidente da República, mediante autorização parlamentar – e os órgãos que têm os poderes de regulação primária de emergência – o Presidente da República e a Assembleia da República, com a proeminência do primeiro.

Fez questão, contudo, de distinguir os órgãos a quem compete, em medidas diversas, a declaração e a regulação primária da emergência e o órgão a quem compete a execução do Decreto presidencial. Desde logo, porque embora, na prática, os poderes normativos de emergência, em geral, se dividam entre a declaração e a execução, as principais opções normativas devem constar da Declaração do estado de exceção: Decreto presidencial e Resolução parlamentar. Os riscos de uma eventual concentração de poderes são significativamente enfraquecidos, porquanto, sem prejuízo do destaque presidencial, Presidente e Assembleia da República partilham papéis decisivos, legitimados pelo seu estatuto constitucional.

c) Incontestavelmente, o modelo constitucional português, em especial, no que se refere à decretação e exercício de poderes de emergência, não é equiparável ao modelo neorromano⁹:

A) Desde logo, a doutrina nota, a partir do modelo executado durante a pandemia, que a designada “normatividade partilhada entre o Presidente e o governo”¹⁰ dificilmente se adequa ao “modelo neorromano”, uma vez que o Presidente da República não se limita a declarar a emergência, com a autorização parlamentar, conferindo uma ampla delegação de poderes ao órgão comissarial, tendo em vista a eliminação da situação de exceção; O decreto presidencial extravasa, significativamente, uma natureza meramente declaratória e a resolução parlamentar também reveste eficácia normativa, ainda que “*sui generis*”¹¹;

9 Em sentido diverso - Almeida Ribeiro, Gonçalo de (2021) “Compreender o estado de exceção constitucional”, in *Julgar*, n.º 44, Almedina: Coimbra; cit., p. 152.

10 Lomba, Pedro (2020) “Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas/ Constitution, state of emergency and public health Administration: some problems”, in *e-publica*, Vol. 7, n.º1, abril; cit., p. 33.

11 Sobre a relevância normativa dos atos que integram a declaração do estado de exceção,

B) A Constituição portuguesa de emergência atribui protagonismo normativo excecional ao Presidente da República, cabendo ao governo a execução do Decreto do estado de exceção. Efetivamente, a Constituição e a Lei Orgânica do Estado de Exceção¹² são intransigentes quanto ao conteúdo da declaração: o Decreto presidencial deve especificar o direito (ou os direitos) cujo exercício pretende restringir ou suspender, definir o sentido e a extensão dessa intervenção; a Lei densifica, igualmente, o conteúdo da resolução parlamentar.

d) Pelo exposto, qual o significado do comando normativo extraído do artigo 19.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa (CRP), quando impõe que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência “só pode alterar a normalidade constitucional nos termos previstos na Constituição e na lei, não podendo nomeadamente afetar a aplicação das regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas?”

Em nosso entendimento, impõe-se retirar do comando constitucional mencionado as seguintes orientações hermenêuticas:

(i) A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência não pode afetar, na sua previsão ou execução, as regras constitucionais relativas à competência e ao funcionamento dos órgãos de soberania e de governo próprio das regiões autónomas ou aos direitos e imunidades dos respectivos titulares;

(ii) Durante o estado de exceção, nenhum órgão pode afetar a repartição de competências que se funda num determinado modelo de equilíbrio institucional de poderes, para produzir efeitos na

em sentido amplo atos (a natureza jurídico-normativa do Decreto presidencial e a eficácia normativa sui generis da Resolução parlamentar), e, em geral, em termos aprofundados, sobre o Sistema de Atos Normativos na Constituição de Emergência - Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 126 e ss; no prelo.

12 O artigo 14.º da Lei n.º 44/86 exige que a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência contenha clara e expressamente os seguintes elementos:

“a) Caracterização e fundamentação do estado declarado; b) Âmbito territorial; c) Duração; d) Especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido; e f) Determinação, no estado de emergência, do grau de reforço dos poderes das autoridades administrativas civis e do apoio às mesmas pelas Forças Armadas, sendo caso disso.”

própria situação crítica ou para o futuro, após o regresso à normalidade constitucional;

O arquétipo português de emergência vigente não é, seguramente, um modelo de concentração de poderes no executivo/governo. Neste sentido, impõe-se clarificar o equilíbrio institucional de poderes almejado pelo poder constituinte, perante: (i) a inexistência de normas que confirmem poderes normativos extraordinários ao Governo em estado de exceção ou que subtraíam competências políticas e legislativas ao Parlamento em favor do Presidente ou do governo¹³; e (ii) a atribuição constitucional de poderes normativos extraordinários ao Presidente da República. Julgamos que o respeito do sobredito princípio do equilíbrio institucional de poderes, vigente em normalidade constitucional e ambicionado em exceção, obtém-se através da garantia da posição jurídico-constitucional do Parlamento:

a. No momento declaratório do estado de exceção, através da configuração da Resolução parlamentar e seu contributo para a definição da vontade normativa da declaração do estado de exceção¹⁴;

b. Durante a execução da declaração do estado de exceção, através da salvaguarda do exercício das competências políticas e legislativas parlamentares, designadamente as atinentes à fiscalização política e à reserva de lei;

Nestes termos, a Constituição dos poderes é apenas reconfigurada nos termos estritamente necessários à conciliação dos poderes normativos extraordinários do Presidente no momento declaratório com o equilíbrio institucional de poderes ambicionado. Sem prejuízo do destaque presidencial, os poderes presidenciais de regulação primária da emergência são partilhados com o Parlamento. Efetivamente, sem prejuízo da evidente erosão do modelo tripartido de separação de poderes através do crescimento

13 No mesmo sentido - Sánchez, Pedro Fernández (2021) "Sobre os poderes normativos do Presidente da República e do Governo em estado de exceção", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ROA III/IV 2021; pp. 755-805.

14 A questão é problemática - Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 130 e ss; no prelo.

gradual do Administrative State, responsável pela diluição de uma visão paritária dos poderes legislativo e executivo¹⁵, tese repescada pelo Tribunal Constitucional¹⁶, a mesma não configura credencial constitucional derogatória de uma leitura hermenêutica do princípio da separação de poderes funcionalmente adequada a cada ordenamento jurídico-constitucional em concreto e à forma como cada ordem jurídica o projeta em termos de Constituição positiva¹⁷. Consequentemente, no que concerne aos restantes poderes, mantém-se a repartição de competências dos órgãos de soberania e das regiões autônomas vigente em normalidade constitucional.

Em consequência, o equilíbrio institucional de poderes constitucionalmente desejado postula o respeito pelas regras constitucionais de forma e competência descritas, designadamente a garantia do princípio da reserva de lei, em especial, perante medidas restritivas e/ou suspensivas de direitos e liberdades jus fundamentais. No presente contexto, ganha ainda maior acuidade o princípio de que “o problema da constitucionalidade de medidas de emergência, mesmo quando se apresenta como questão formal, é, na sua essência, uma questão substantiva.”¹⁸ E tal pensamento perpassa, teimosamente, toda a argumentação que sustentámos sobre o vigor do instituto da reserva de lei, em normalidade ou exceção constitucional¹⁹.

O modelo normativo adotado, *in action*, durante o combate da pandemia contrariou, todavia, todos os parâmetros constitucionais de competência e de forma, sem que o controle jurisdicional dessas sucessivas e teimosas inconstitucionalidades tivesse sido minimamente eficaz.

15 Carolan, Eoin (2009) “*The Problems with the Theory of the Separation of Powers*” (January 1). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1889304> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1889304>

16 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 474/2021, de 23 de Julho, cit., p. 39. Disponível (última consulta dezembro 2021): <https://files.dre.pt/1s/2021/07/14200/0002000050.pdf>

17 Sobre as implicações jurídico-constitucionais das diferentes leituras hermenêuticas da separação dos poderes na Constituição de emergência - Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 155 e ss; no prelo.

18 Andrade, Vieira de (2020) “A defesa dos direitos e liberdades em estado de emergência - algumas reflexões livres”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 150, n.º 4029; cit., p. 321.

19 Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 170 e ss; no prelo.

2. AS INSUFICIÊNCIAS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA DE EMERGÊNCIA

Da análise da jurisprudência constitucional portuguesa prolatada²⁰ no contexto normativo de emergência, é possível extrair duas conclusões: (i) a omissão de processos de fiscalização abstrata da constitucionalidade²¹; (ii) o reduzido número de recursos de constitucionalidade, em sede de fiscalização concreta.

No que importa ao controle abstrato sucessivo, as presentes conclusões encontrariam, alegadamente, justificação na específica natureza jurídica e temporal da generalidade das normas restritivas e/ou suspensivas de direitos, liberdades e garantias adotadas, designadamente: (1) através de normas formalmente administrativas²² que não integram o universo de atos abrangidas pela fiscalização preventiva da constitucionalidade; e (2) de curta vigência, o que convoca o suposto problema da utilidade processual da sua eventual declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Acresce, no que concerne à fiscalização concreta, que o recurso pelo governo a regulamentos restritivos e/ou suspensivos, como são as Resoluções do Conselho de Ministros que revestem carácter normativo, agravou as já severas dificuldades de acesso ao Tribunal Constitucional. Não obstante a ostensiva preterição da reserva de lei e do princípio da separação de poderes, intocáveis em normalidade e exceção constitucionais, ao invés dos Decretos regulamentares, as resoluções do Conselho de Ministros não estão sujeitas a controle de mérito presidencial e a respectiva desaplicação pelos tribunais, com fundamento em inconstitucionalidade, não gera recurso obrigatório do Ministério Público para o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

20 Como explicaremos *infra*, concentraremos o objeto da presente análise nas medidas normativas destinadas à generalidade dos cidadãos.

21 No contexto do objeto por nós delimitado para efeitos da presente análise. O que exclui, desde logo, o Acórdão n.º 545/2021: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210545.html>

22 Na sua esmagadora maioria, materialmente legislativas.

2.1. A OMISSÃO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DE EMERGÊNCIA

a) *Fiscalização Preventiva*: A opção governamental pela regulação normativa das situações de emergência através de normas administrativas, *maxime* resoluções do Conselho de Ministros com carácter normativo²³, preclude o recurso à fiscalização preventiva da constitucionalidade. Esse processo de fiscalização circunscreve o objeto do escrutínio às convenções internacionais, atos legislativos em formação e propostas de referendo. Para além das propostas de referendo, as restantes pré-normas atípicas da função política²⁴ não se encontram sujeitas à fiscalização preventiva, entre as quais a declaração do estado de sítio e do estado de emergência bem como a Resolução parlamentar, porquanto "*não se definem como atos com valor legislativo*"²⁵ sujeitos à promulgação. Ou seja, os atos normativos que foram utilizados durante a crise pandémica estão excluídos deste controle prévio de constitucionalidade.

Em tese, numa perspetiva de *jure constituendo*, o Presidente da República poderia dispor de legitimidade ativa para pedir a apreciação preventiva de normas contidas na Resolução parlamentar integrante da declaração do estado de exceção, em sentido amplo²⁶, ou de normas administrativas, eventualmente adotadas pelo governo durante a execução do estado de exceção. Por sua vez, em casos excepcionais de inexistência jurídica do Decreto presidencial²⁷, por faltarem os respectivos requisitos de qualificação, deveria ser conferida legitimidade ativa ao Parlamento (Presidente da AR, Comissão Permanente, grupos parlamentares) ou ao Primeiro-Ministro para requererem essa apreciação preventiva da constitucionalidade.

23 Fundadas na Lei de Bases da Proteção Civil - Lei n.º 27/2006, de 03 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 80/2015, de 03/08, Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30/11 e Rect. n.º 46/2006, de 07/08. Nos termos do Artigo 19.º, "*a declaração da situação de calamidade é da competência do Governo e reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros.*"

24 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 60 e 61; Miranda, Jorge (2017) *Fiscalização da Constitucionalidade*, Almedina: Coimbra; pp. pp. 307 e ss.

25 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 61.

26 Brízida Castro, Raquel (2022) *Justiça Constitucional de Emergência*, Almedina: Coimbra; pp. 126 e ss; no prelo.

27 Perante vícios orgânicos e formais graves.

b) *Fiscalização sucessiva*: O fato destas normas não integrarem o universo de atos sujeitos à fiscalização preventiva da constitucionalidade agrava²⁸, significativamente, a pressão exercida sobre os órgãos dotados de legitimidade para requerer a declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade com força obrigatória geral, com os efeitos previstos no artigo 282.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Não obstante o estreito elenco de órgãos dotados de legitimidade ativa, a fiscalização abstrata sucessiva abrange as relações de desvalor da inconstitucionalidade e da ilegalidade. Refira-se que o pedido pode ser formulado a todo o tempo, após a publicação, nos termos do artigo 62.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LTC). Ao invés da fiscalização preventiva²⁹, não existe um prazo constitucional ou legal para que o Tribunal Constitucional (TC) profira a sua decisão. Neste aspecto, uma eventual decisão de acolhimento importa, em regra, os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com a conseqüente eliminação da norma e dos efeitos por ela produzidos no ordenamento jurídico e a respectiva força obrigatória geral.

2.2. A PRETENZA FALTA DE UTILIDADE PROCESSUAL DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS DE VIGÊNCIA LOCALIZADA OU QUE JÁ NÃO ESTÃO EM VIGOR

a) Da análise da jurisprudência constitucional produzida até ao momento³⁰, ressalta a ausência de processos de fiscalização (abstrata) sucessiva da constitucionalidade. Entre as razões invocadas³¹, sobressai o argumento da alegada falta de utilidade processual da declaração de inconstitucionalidade de normas revogadas. Neste contexto, a fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade seria um meio inapto para normas com vigência localizada. Acresce a indeterminação do prazo da decisão a proferir, o que agravaria a sua pretensa inutilidade.

28 E adia.

29 Cf. Artigo 278.º, n.º 8, da CRP.

30 Fevereiro de 2022.

31 <https://www.dn.pt/sociedade/restricoes-a-circulacao-fora-do-estado-de-emergencia-nao-vaio-ao-tc-14043587.html>

Para além de estarmos perante um juízo cuja competência é exclusiva do Tribunal Constitucional, im procedem os argumentos aduzidos pelas seguintes razões:

(A) A decisão de inconstitucionalidade proferida em fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade conduz, em regra, à eliminação da norma ferida da ordem jurídica e dos respectivos efeitos. O âmbito temporal da sua vigência é irrelevante. Em rigor, nem sequer é necessário que tenha produzido efeitos, podendo o pedido de fiscalização ser interposto a partir da publicação da norma, em plena "*vacatio legis*", independentemente da produção de efeitos.

O Tribunal Constitucional (TC) tem, efetivamente, entendido que o fato de determinada norma ter sido revogada não é, "*de per se*", suficiente para obstar a sua declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral³². Ao contrário da revogação que apenas produz efeitos "*ex nunc*", a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos "*ex tunc*", "*podendo, conseqüentemente, revelar-se indispensável para, sempre que tal revista relevância constitucional, eliminar os efeitos entretanto produzidos pela norma durante a sua vigência*". Desde logo, a possibilidade de eliminação "*ex tunc*" de uma norma inconstitucional que prescrevia um regime especial, mais gravoso que o estabelecido na lei penal e processual penal geral ou contraordenacional, importando a aplicação de um regime mais favorável ou mesmo a extinção da infração penal ou contraordenacional, é suscetível de justificar a superação da intangibilidade do caso julgado. Efetivamente, a segunda parte do n.º 3, do artigo 282.º, da CRP exceciona da regra da intangibilidade do caso julgado, os casos julgados em matéria sancionatória (Direito penal, disciplinar ou de mera ordenação social), revestindo a respectiva declaração de inconstitucionalidade, a nosso ver, incontestável utilidade processual, caso o TC o decida expressamente;

B) Acresce a enorme suscetibilidade da sua reedição, em contexto de emergência. Independentemente da querela sobre os limites à força obrigatória geral de uma declaração de inconstitucionalidade,

32 Cf. Acórdão n.º 188/94, de 23 de Fevereiro. Disponível (última consulta dezembro 2021): <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940188.html>

dade, é incontroverso o seu vigor sobre os poderes administrativo e jurisdicional e, ainda que mitigado, sobre o poder legislativo³³. Sem prescindir, cabe ressaltar que, na ausência de vício material, nada impede a respectiva reedição em conformidade com os requisitos constitucionais de forma e competência, antes preteridos;

C) Por último, o fato de não haver prazo de decisão para o TC não suscita, neste aspecto, problemas novos.

b) Um exemplo relevante da utilidade processual de declaração de inconstitucionalidade normas já revogadas é sugerido pelo Acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol que declarou, em julho de 2021, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das medidas restritivas de combate à pandemia adotadas em Madrid, em 2020, durante a primeira vaga, à margem do estado de exceção constitucional³⁴. O objeto do recurso de constitucionalidade em apreço, interposto em 28 de abril de 2020, integrava vários preceitos dos Decretos Reais que declararam o estado de alarme para a gestão da situação de crise sanitária ocasionada pela covid-19 e que os modificaram e prorrogaram, datados de março e abril de 2020. O TC espanhol declarou a nulidade parcial dos preceitos que restringiram a liberdade de circulação e que habilitavam o ministro de saúde a alterar as medidas de contenção em estabelecimentos e atividades econômicas.

No que agora importa, o Tribunal Constitucional espanhol é perentório em refutar a tese de que o fato de objeto do recurso integrar normas que já não estão em vigor constituiria um obstáculo à sua apreciação do recurso de constitucionalidade. Trata-se, aliás, de jurisprudência constante do Tribunal espanhol, reiterada na decisão *sub judicio*. Uma solução diferente implicaria, para o Tribunal, "*abrir un inadmisibile ámbito de inmunidad del poder frente a la Constitución*"³⁵.

33 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 201 e ss.

34 A sentença n.º 148/2021, de 14 de julho de 2021, proferida pelo Pleno do Tribunal Constitucional espanhol em resposta a um recurso de inconstitucionalidade interposto por mais de cinquenta deputados do Grupo Parlamentar VOX. A decisão dividiu o Tribunal, tendo sido adotada por maioria, com várias declarações de voto. Cf. <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2021-13032.pdf>

35 É citada abundante jurisprudência neste sentido.

Destacamos, em termos sumários, os efeitos da decisão:

A) Recorrendo à modelação dos efeitos da declaração de nulidade, com que o ordenamento jurídico-constitucional espanhol sanciona a inconstitucionalidade, o Tribunal ressaltou dos efeitos da declaração: (i) os casos julgados; (ii) o caso administrativo decidido ou "*firme*"³⁶e (iii) "*las demás situaciones jurídicas generadas por la aplicación de los preceptos anulados*";

B) O Tribunal admite a revisão, expressamente prevista na sua Lei Orgânica³⁷, dos casos julgados sancionatórios – processos penais e contenciosos-administrativos referentes a procedimentos sancionatórios – nos quais, em consequência da nulidade da norma inconstitucional aplicada, resulte uma redução de pena ou de sanção ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade. Uma exceção imposta pelo princípio da legalidade, que fere de inconstitucionalidade as sanções penais ou administrativas de fatos que, no momento da sua comissão, não constituíam delito, falta ou infração administrativa. Como a norma que incriminava a conduta censurada é eliminada com efeitos *ex tunc*, ao ser erradicada da ordem jurídica com fundamento na sua inconstitucionalidade, a incriminação perde a sua base legal. O que demonstra a indiscutível (e insubstituível) utilidade processual desta declaração de inconstitucionalidade, *in casu*, de normas que já não estão em vigor.

c) Pela nossa parte, perante o ordenamento jurídico-constitucional português, parece-nos que o argumento da falta de utilidade processual deve ser refutado:

(1) Em termos análogos, a Constituição portuguesa prevê exceções³⁸ ao princípio da intangibilidade dos casos julgados. A respectiva salvaguarda configura um efeito típico da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, *ope constitutionem*. Não obstante, mediante decisão em contrário do Tribunal Consti-

36 O Tribunal refere-se às "*situaciones decididas mediante actuaciones administrativas firmes (según criterio que venimos aplicando desde la STC 45/1989, de 20 de febrero, por razones de seguridad jurídica ex art. 9.3 CE)*".

37 Cf. Art. 40.º, n.º 1, *in fine*, da Lei do Tribunal Constitucional espanhol.

38 Cf. Artigo 282.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP.

tucional, "quando a norma (declarada inconstitucional³⁹) respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido", é possível atingir o caso julgado⁴⁰. O presente raciocínio é aplicável, por exemplo, quando as normas sindicadas e declaradas (ou julgadas) inconstitucionais preveem a aplicação de contraordenações ou de penas mais severas, no caso de crimes;

(2) No contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado por ação legislativa, embora não constitua pressuposto da ação de responsabilidade civil, a existência de uma decisão do Tribunal Constitucional que tenha declarado ou julgado inconstitucional ou ilegal uma norma legal ou uma norma regulamentar⁴¹ pode ser útil para o particular, tendo em consideração os danos não destruídos por essa declaração. Alves Correia sustenta que, nesse caso, "deve considerar-se pré-definido ou comprovado o requisito da ilicitude". Com uma decisão prévia do TC de julgamento da inconstitucionalidade de uma norma regulamentar, pode, igualmente, o interessado, tendo sido parte no processo de fiscalização concreta, "beneficiar da comprovação pre-definição ou certificação da verificação do pressuposto da ilicitude",⁴² podendo intentar ação no tribunal administrativo de uma ação de indenização por danos resultantes do regulamento inconstitucional.

39 Sublinhado nosso.

40 Cf. Artigo 282.º, n.º 3, 2.ª parte, da CRP.

41 Sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão legislativa - Brízida Castro, Raquel (2012) *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina: Coimbra; pp. 303 e ss.

42 Alves Correia, Fernando (2019) *Justiça Constitucional*, 2.ª Edição, Almedina: Coimbra; cit., pp. 327 e 328.

2.3. AS INSUFICIÊNCIAS DO CONTROLE CONCRETO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DE EMERGÊNCIA

Da análise da jurisprudência constitucional produzida⁴³ em fiscalização concreta, em resultado da apreciação de medidas restritivas antipandêmicas resulta, em primeiro lugar, o agravamento do diagnóstico das suas principais insuficiências, abundantemente glosadas em normalidade constitucional: (i) quanto ao objeto idôneo do controle, restrito ao escrutínio de normas; (ii) a interpretação excessivamente formalista, subjetiva e ad hoc dos pressupostos processuais conducente, em alguns casos, ao absoluto esvaziamento das possibilidades de acesso à justiça constitucional especializada, na ordem jurídico-constitucional portuguesa.

Até ao presente momento⁴⁴, dos quinze acórdãos prolatados pelo Tribunal Constitucional em processos atinentes a medidas restritivas/suspensivas de direitos, liberdades e garantias⁴⁵ adotadas desde o início da pandemia:

(i) Oito são referentes a medidas vigentes em estado constitucional de exceção⁴⁶; os restantes referem-se a normas aplicadas em normalidade constitucional, decretado o estado de calamidade administrativa⁴⁷;

43 Até Agosto de 2021.

44 Fevereiro de 2022.

45 Nesta contabilidade, tivemos em consideração apenas os Acórdãos que versaram sobre medidas de combate à pandemia destinadas à generalidade dos cidadãos. Excluímos, por conseguinte, os seguintes acórdãos: Acórdão n.º 798/2021 (suspensão da prescrição de processos contraordenacionais): <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210798.html>; Acórdão n.º 738/2021 (contrainquirição de testemunha ou declarante, numa sessão de audiência em processo judicial, através de sistema de comunicação à distância): <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210738.html>; Acórdão n.º 660/2021 (suspensão dos prazos de prescrição do procedimento contraordenacional): <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210660.html>; Acórdão n.º 500/2021 (suspensão do prazo de prescrição do procedimento contraordenacional): <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210500.html>

46 Cf. Acórdãos n.º 921/2021, de 9 de Dezembro; n.º 868/2021, de 10 de Novembro; n.º 435/2021, de 22/06/2021, 2.ª Secção; n.º 381/2021, de 25/05/21, 2.ª Secção; n.º 380/2021, de 27/05/2021, 2.ª Secção; n.º 352/2021, de 27/05/2021, 3.ª Secção; n.º 350/2021, de 27/05/2021, 3.ª Secção; n.º 349/2021, 3.ª Secção.

47 Cf. Acórdãos n.º 729/2020, de 10 de Dezembro; n.º 300/2021, de 13 de Maio de 2021, 3.ª Secção; n.º 88/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção; n.º 89/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção; n.º 90/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção.

(iii) O TC não conheceu de seis recursos⁴⁸;

(iii) Dos recursos que o Tribunal Constitucional decidiu admitir⁴⁹, três⁵⁰ culminaram com decisões negativas de inconstitucionalidade.

A maioria dos Acórdãos mencionados *supra* foram proferidos perante recursos de constitucionalidade do Ministério Público, designados recursos de decisões positivas de inconstitucionalidade⁵¹ dos tribunais comuns, apesar de nem todos serem, em rigor, recursos obrigatórios, como veremos.

Nas decisões recorridas, os tribunais comuns desaplicaram normas emanadas pelo Governo da República e Governo Regional dos Açores, com fundamento em inconstitucionalidades orgânicas e formais, atenta à preterição, na sua esmagadora maioria, de regras constitucionais de competência e de forma, e, em alguns casos, de regras materiais, em especial, por violação do direito à liberdade⁵² e do princípio da proporcionalidade, nas dimensões da necessidade e proibição do excesso.

48 Cf. Acórdãos n.º 435/2021, de 22/06/2021, 2.ª Secção; n.º 381/2021, de 25/05/21, 2.ª Secção; n.º 380/2021, de 27/05/2021, 2.ª Secção; n.º 350/2021, de 27/05/2021, 3.ª Secção; n.º 349/2021, 3.ª Secção; n.º 300/2021, de 13 de Maio de 2021, 3.ª Secção.

49 Cf. Acórdãos n.º 687/2020, de 26 de Novembro, de 2020, 2.ª Secção; n.º 424/2020, de 31 de julho de 2020, 1.ª Secção; n.º 352/2021, de 27 de maio de 2021, 3.ª Secção; n.º 173/2021, de 24 de março de 2021, 1.ª Secção; n.º 868/2021, de 10 de Novembro; n.º 921/2021, de 9 de Dezembro; n.º 88/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção; n.º 89/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção; n.º 90/2022, de 1 de Fevereiro de 2022, 1.ª Secção.

50 Em especial, refira-se o Acórdão n.º 352/2021, de 27 de Maio de 2021. Note-se, porém, que a decisão dividiu os juizes conselheiros do TC, tendo sido relator o Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro. Votaram a favor, para além do relator, os Conselheiros João Caupers e Lino Ribeiro; votaram vencidas as Conselheiras Joana Fernandes Costa e Maria José Rangel de Mesquita.

51 Cf. Artigo 280.º, n.º 1, alínea a), da CRP.

52 Cf. Artigo 27.º, números 1 e 3, da CRP.

2.3.1. LIMITAÇÕES PROCESSUAIS QUANTO AO OBJETO DO CONTROLE

a) O modelo português de fiscalização concreta da constitucionalidade é restrito ao controle de normas⁵³, no contexto de uma aceção de norma funcionalmente adequada ao nosso sistema, moldada pela jurisprudência constitucional a partir de preocupações estritamente garantísticas. O objeto dos processos de fiscalização pode incluir, não apenas todos os atos aprovados sob a forma de lei, como também os restantes atos normativos, desprovidos dessa forma, mas que contenham comandos jurídicos gerais e abstratos. Atualmente, integram o conceito de norma todos os atos do poder público que contiverem uma regra de conduta para os particulares ou para a Administração, um critério de decisão ou, em geral, um padrão de valoração de comportamentos⁵⁴.

Em contexto de direitos fundamentais, as restantes intervenções desvantajosas perpetradas pelos vários poderes do Estado, não subsumíveis no sobredito conceito funcional de norma, encontram-se arredadas da atuação do Tribunal Constitucional, enquanto órgão especializado da administração da justiça constitucional, cabendo a sua tutela aos restantes tribunais. Em especial, a violação concreta e pontual dos direitos fundamentais, sem que na base e na causa do ato lesivo esteja uma norma inconstitucional. Acresce que, na prática, muitas das infrações aos direitos atuadas por via normativa acabam por não ser julgadas pelo Tribunal Constitucional, atentos os constrangimentos processuais destinados a filtrar o acesso aos juízes constitucionais, traduzidos num generoso elenco de trâmites introduzidos com o desiderato de evitar ou mitigar a inundação do Tribunal⁵⁵.

53 Brízida Castro, Raquel (2015) "Normas implícitas e Normas Constitucionalmente Devidas "ad casum" e a Pretensa Quadratura do Círculo Processual Constitucional: Recapitulação, Desmistificação e Tentativa de Reconstrução", in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 851-881.

54 Lopes do Rego, Carlos (2004) "As interpretações normativas sindicáveis pelo TC", in *Jurisprudência Constitucional*, N.º 3, AATRIC: Lisboa; p. 4 e ss.

55 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 745.

b) Tais obstáculos no acesso do cidadão comum à Justiça Constitucional agigantaram-se durante a pandemia. Assim o comprova o reduzido número de recursos de constitucionalidade referentes a esses períodos que é possível identificar. Independentemente dos respectivos desfechos, são processos no âmbito dos quais o juiz comum desaplicou, com fundamento em inconstitucionalidade, normas produzidas pelo Governo da República e pelos governos regionais durante o período pandêmico e em que o recorrente foi o Ministério Público (MP).

O recurso de constitucionalidade reveste natureza obrigatória para o MP quando o juízo de invalidade do tribunal *a quo* incida sobre certo tipo de atos, com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade: tratados, atos legislativos e Decretos regulamentares (estaduais ou regionais)⁵⁶. Neste aspecto, o MP atua como defensor de um interesse público objetivo. O recurso é obrigatório porque o princípio da presunção de constitucionalidade de certas normas é, inexoravelmente, abalado pela forte presunção de inconstitucionalidade libertada pela desaplicação da norma ao caso concreto pelo juiz *a quo*, com fundamento num juízo de inconstitucionalidade. No caso dos tratados e atos normativos descritos *supra*, entende-se que o incidente tem, necessariamente, de subir ao TC⁵⁷ para que seja este a dirimir a questão, impondo a última palavra.

O mesmo entendimento não procede, nos termos constitucionais, no que concerne às resoluções do Conselho de Ministros de carácter normativo, não obstante serem hierarquicamente equiparados aos Decretos regulamentares⁵⁸. O que significa que, quando um juiz comum desaplica uma norma contida numa Resolução do

56 Cf. Artigo 280.º, n.º 3, CRP *in fine*.

57 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 734.

58 Não sendo atos legislativos, mas sim normas administrativas, Cristina Queiroz justifica a obrigatoriedade do recurso por se encontrarem sujeitos a controle de mérito presidencial e, sobretudo, por ser essa a tradição da Constituição de 1933. Pela nossa parte, parece-nos que essa obrigatoriedade resulta, precisamente, da respectiva sujeição a promulgação presidencial, a qual, por sua vez, se funda no carácter tendencialmente inovatório dos Decretos Regulamentares. - Queiroz, Cristina (2017) *Justiça Constitucional*, Petrony; p. 193.

Conselho de Ministros⁵⁹, com fundamento em inconstitucionalidade, o recurso não é obrigatório⁶⁰ para o Ministério Público. Uma opção que enfraquece, consideravelmente, as já magras possibilidades de acesso à Justiça Constitucional.

2.3.2. A NATUREZA PREJUDICIAL DO CONTROLE: A QUESTÃO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO ÚNICA E EXCLUSIVA "RATIO DECIDENDI"

a) O controle concreto de constitucionalidade constitui, por regra, um incidente processual de natureza prejudicial. Quanto à sua natureza jurídica, é caracterizado "por uma questão prejudicial heterogênea, desprovida de caráter devolutivo e que emerge a título incidental, no âmbito de um processo principal"⁶¹:

(i) trata-se, em primeiro lugar, de um incidente de instância, pois a questão de constitucionalidade surge no processo principal que tem um objeto diferente, sendo "a sua resolução condição necessária para a determinação do direito a aplicar no processo principal"⁶²;

(ii) por ser, igualmente, uma questão prejudicial heterogênea implica o julgamento prévio de uma questão que respeita a um ramo de Direito diferente do processo principal, "*existindo uma correlação lógica entre a mesma e o "thema decidendum" inerente ao feito em julgamento*"⁶³. Essa relação de necessidade lógica - nexo direto e incidível - com a questão principal identifica-se com a necessidade de o objeto do processo ser o fundamento, a "*ratio decidendi*", da decisão recorrida;

59 Do Governo da República ou dos Governos Regionais.

60 Não é obrigatório, mas o MP pode naturalmente recorrer. Foi o que aconteceu nos recursos de constitucionalidade de normas produzidas pelos Governos Regionais, durante a pandemia. No caso, porém, de Resoluções do Conselho de Ministros, aprovadas pelo Governo da República, não houve, até agora, recursos interpostos pelo Ministério Público.

61 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p.609.

62 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p.614.

63 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p.614.

(iii) por fim, essa prejudicialidade é desprovida de caráter devolutivo, atenta a componente difusa do nosso sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade.

Mas deve a questão de constitucionalidade ser a única e exclusiva "*ratio decidendi*"? É exigível, em todos os tipos de recurso e independentemente da natureza do recurso ou do recorrente, que a dimensão normativa impugnada tenha constituído o único e exclusivo fundamento normativo da decisão recorrida, no sentido de apenas o respectivo julgamento no sentido da inconstitucionalidade obrigar à reforma da decisão recorrida⁶⁴? A resposta há-de fundar-se, a nosso ver, na natureza do tipo de recurso.

b) A maioria dos recursos de constitucionalidade conhecidos pelo Tribunal Constitucional, respeitantes ao nosso tema, são recursos obrigatórios do Ministério Público. Todavia, embora tais recursos se tenham também fundado na desaplicação das normas com fundamento em inconstitucionalidade pelos tribunais comuns, os juízes constitucionais⁶⁵ decidiram não conhecer do recurso⁶⁶, alegando falta de utilidade nessa apreciação. Há, todavia, que distinguir nas decisões de não conhecimento do recurso por falta de utilidade, independentemente da questão de inconstitucionalidade, três tipos de fundamentos:

A) a norma sindicada (desaplicada) nunca poderia ter sido aplicada ao caso em julgamento pois não estava em vigor à data dos fatos⁶⁷;

64 Reis Novais, Jorge (2019) *Sistema Português de Fiscalização de constitucionalidade: avaliação crítica*, AAFDL Editora: Lisboa, 2019, 2.ª Edição, p. 39.

65 Cf. Acórdãos do TC n.º 435/2021, de 22/06/2021, 2.ª Secção; n.º 381/2021, de 25/05/21, 2.ª Secção; n.º 380/2021, de 27/05/2021, 2.ª Secção; n.º 350/2021, de 27/05/2021, 3.ª Secção; n.º 349/2021, 3.ª Secção; n.º 300/2021, de 13 de Maio de 2021, 3.ª Secção. Nos casos em análise, os tribunais a quo concluíram que os arguidos não podiam ser condenados, nem lhes poderia ser imputada a prática do crime de desobediência sob a forma agravada, conforme referido na Acusação, porque as normas desaplicadas ainda não estavam em vigor, à data da prática dos factos. Perante isto, atenta a configuração dos recursos de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional fundamentou a sua decisão na inutilidade do conhecimento do recurso, uma vez que a decisão recorrida não se fundava, exclusivamente, na questão de inconstitucionalidade sindicada, com a agravante de esta implicar o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma inexistente à data da prática dos factos. A norma-objeto do recurso sub iudicio não podia fundar a responsabilidade criminal do arguido, por não integrar à lei vigente no momento da prática dos factos, não sendo aplicável aos casos sub iudicio, em razão de o momento da sua entrada em vigor ser posterior à data dos factos.

66 Com a exceção já referida.

67 Nos Acórdãos do TC n.º 380/2021, 381/2021 e 350/2021, estava em causa a desaplicação

B) A norma impugnada (desaplicada) não era aplicável por falta de verificação dos respectivos pressupostos jurídicos:

No mesmo sentido e partilhando da mesma fundamentação do ponto anterior, embora o processo principal apresentasse características diversas⁶⁸, o Acórdão do TC n.º 435/2021, de 22/06/2021, sufragou semelhante conclusão, porquanto a fundamentação alternativa aduzida também conduz "ao afastamento da punição agravada trazida pelo n.º 6 do artigo 43.º do Decreto n.º 2-B/2020, independentemente do juízo negativo de constitucionalidade formulado pelo tribunal a quo"⁶⁹. Porém, neste caso, o arguido foi absolvido da prática do crime de desobediência, pois "o julgador concluiu que sempre seria de afastar a responsabilidade criminal do arguido, por não se encontrar preenchido um dos pressupostos da incriminação constante do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal: a precedência de um comando, sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta positiva ou negativa".

das normas constantes nos artigos 46.º, n.º 1, alíneas a) e c) e n.º 7 do Decreto n.º 2-C/2020 de 17 de abril do Governo e, no n.º 349/2021, a norma sindicada era a constante do artigo 46.º, n.º 7, do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, igualmente do Governo. Tratavam-se de recursos obrigatórios do Ministério Público, pois as normas desaplicadas eram Decretos Regulamentares do Governo, que regulamentavam o Decreto presidencial do estado de exceção. Não obstante, independentemente das questões de inconstitucionalidade elencadas, as normas impugnadas e desaplicadas não podiam, efetivamente, ser aplicadas aos casos concretos, o que afastou, naturalmente, eventuais julgamentos da respectiva conformidade constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

68 "«59. Conforme resulta, inequivocamente, do teor da douta sentença recorrida [...], decidiu a Mm.ª Juíza "a quo" que o arguido deveria "ser absolvido da prática do crime de desobediência", não só por julgar inconstitucional, orgânica e formalmente, a interpretação conjugada "do disposto nos arts. 6.º e 43.º, n.ºs 1, al. d) e 6 [do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril] est[ar], de forma inovadora, a definir determinada realidade como crime" mas, igualmente porque "não resultou provado qualquer cominação da prática do crime de desobediência, caso saísse do seu concelho de residência habitual, efetuada pelos militares da GNR, outra força de segurança, ou polícia municipal, em momento prévio à abordagem do arguido e ainda no concelho de Torres Vedras, que o arguido tenha desrespeitado, pelo que o arguido não praticou o crime de desobediência". - Acórdão do TC n.º 435/2021, de 22/06/2021.

69 «Fazendo apelo à factualidade considerada provada, verifica-se que o arguido, em 10.04.2020, circulou para fora do concelho de residência habitual, tendo sido abordado pela patrulha da GNR - cfr. factos 3) a 11). Todavia não resultou provad[a] qualquer cominação da prática do crime de desobediência, caso saísse do seu concelho de residência habitual, efetuada pelos militares da GNR, outra força de segurança, ou polícia municipal, em momento prévio à abordagem do arguido e ainda no concelho de Torres Vedras, que o arguido tenha desrespeitado, pelo que o arguido não praticou o crime de desobediência. Assim, o arguido deve ser absolvido da prática do crime de desobediência, previsto e punido pelo art. 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, com referência ao art. 6.º, n.º 1, e 43.º, n.º 1, al. d), do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril» - Acórdão do TC n.º 435/2021, de 22/06/2021.

Por conseguinte, uma vez que o afastamento da responsabilidade criminal do arguido se manteria mesmo em caso de procedência do recurso de constitucionalidade, o tribunal recorrido estaria vinculado a manter o mesmo juízo absolutório e impedido de proceder à determinação concreta de uma pena, independentemente da conformação da moldura sancionatória aplicável. Consequentemente, o Tribunal Constitucional concluiu, mais uma vez, que a utilidade da pronúncia do Tribunal Constitucional se encontrava, in casu, definitivamente afastada. O recurso não revestia utilidade processual, atento o aludido fundamento alternativo, encontrando-se inviabilizada a respectiva finalidade, como seja a de determinar a reforma da decisão recorrida em conformidade com o julgamento da questão jurídico-constitucional (artigo 80.º, n.º 2, da LTC).

Para o TC, perante uma *dupla fundamentação do decidido*, independentemente do julgamento de constitucionalidade, a decisão recorrida sempre subsistiria em virtude da manutenção do outro fundamento⁷⁰. Por conseguinte, atento o carácter instrumental dos recursos de constitucionalidade, o recurso deve ser considerado inútil, quando a utilidade da pronúncia do Tribunal Constitucional é afastada⁷¹ nos termos referidos.

C) Os recursos são inúteis por falta de utilidade processual, atento o duplo fundamento da decisão recorrida, apesar de os dois fundamentos terem como único parâmetro a mesma norma desaplicada:

Se a falta de utilidade invocada pelos juízes constitucionais nas duas categorias anteriores de decisões analisadas é pacífica, em função, nomeadamente, da configuração positiva e jurisprudencial dos recursos de constitucionalidade e do pressuposto processual da aplicação efetiva da norma objeto do recurso, a fundamentação aduzida pelos juízes constitucionais no Acórdão n.º 300/2021, o qual incidiu sobre medidas restritivas adotadas fora do estado de exceção constitucional, suscita-nos algumas interrogações.

70 Cf. Acórdão do TC n.º 350/2021 - 3.ª Secção.

71 Cf. Acórdão do TC n.º 349/2021 - 3.ª Secção.

No acórdão mencionado, o TC decidiu não conhecer do objeto do recurso e invocou a mesma *dupla fundamentação do decidido* que, no caso *sub judicio*, se reconduz a uma dupla relação de desvalor: o ato sujeito a censura é, ao mesmo tempo, ilegal e inconstitucional. Porém, *in casu*, esse duplo desvalor tem, precisamente, o mesmo fundamento normativo que é a norma que foi desaplicada pelo tribunal recorrido. O Tribunal *a quo* não se baseou apenas na inconstitucionalidade das normas sindicadas para decidir da procedência da providência de *habeas corpus*; a decisão recorrida conclui também, após apreciação da prova produzida pelo Tribunal, que se está perante uma detenção ilegal, pois o ato violava a mesma norma que o juiz *a quo* desaplicou. Neste sentido, se a detenção era ilegal, para além de inconstitucional, e essa ilegalidade que esteve na base do deferimento do pedido de *Habeas Corpus*, se verificaria, independentemente da constatação das inconstitucionalidades apontadas pela sentença, o TC concluiu que o recurso de constitucionalidade será inútil. Neste caso, entre outras potenciais críticas, a decisão de não conhecimento do recurso de constitucionalidade por a detenção ser, para além de inconstitucional, ilegal padece de um ostensivo vício lógico. É que a ilegalidade, invocada a título subsidiário pelo tribunal *a quo*, funda-se, precisamente, nas normas desaplicadas na decisão recorrida, pelo que o não conhecimento do recurso: (i) não altera o juízo de inconstitucionalidade do juiz *a quo* sobre as normas impugnadas pelo MP; (ii) não reconfigura o poder/dever de o mesmo juiz desaplicar normas que considera inconstitucionais. Consequentemente, qual a norma parâmetro que subsiste e que permite manter a decisão?

c) Pela nossa parte, à margem das especificidades do Acórdão anterior, estas decisões escancaram um certo apego questionável a uma leitura excessivamente formalista de um pressuposto processual que, supostamente, esvazia a utilidade processual dos recursos quando haja um duplo fundamento nos termos expostos. Uma tese que importa relevantes consequências dogmáticas:

(i)) não basta que o critério normativo sindicado coincida com o que foi aplicado pelo tribunal *a quo* e com a “*ratio decidendi*” da decisão recorrida;

(ii) a questão de constitucionalidade, objeto do processo, tem de corresponder à única e exclusiva “ratio decidendi” da decisão recorrida;

(iii) por conseguinte, o recurso só pode ser admitido pelo TC se o eventual futuro julgamento de constitucionalidade for o único suscetível de influenciar o desfecho do processo-base em que foi proferida a decisão objeto do recurso de constitucionalidade.

Em suma, para o TC, só devem ser conhecidas as questões de constitucionalidade quando a decisão a proferir seja a única suscetível de alterar a decisão recorrida, em termos de, apenas nesse caso, o tribunal recorrido poder ser confrontado com a obrigatoriedade de reformar o sentido do seu julgamento. Não obstante o critério normativo sindicado coincida com o que foi aplicado pelo tribunal a quo – e, nesse sentido, seja respeitado o âmbito dos poderes de cognição dos juízes constitucionais, limitados à norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação⁷²-, não tendo sido o único fundamento da decisão recorrida, o TC entende que o recurso de constitucionalidade perde a sua utilidade. Mesmo tratando-se de um recurso do MP, obrigatório, o TC pode não o admitir.

Não podemos concordar com essa interpretação, cujo exagero formalista é suscetível de redundar, como vimos, em decisões ilógicas e incoerentes, fundadas em argumentos jurídico-constitucionalmente tautológicos. Perante esse entendimento, apesar de estarmos perante a desaplicação de uma norma por um tribunal, com fundamento em inconstitucionalidade, os fundamentos da obrigatoriedade do recurso do Ministério Público para o Tribunal Constitucional cedem perante um conceito de utilidade processual avaliado, exclusivamente, por referência a interesses particulares. O julgamento da questão de constitucionalidade acaba por assumir uma natureza meramente secundária e irrelevante, sendo a respectiva admissibilidade analisada, exclusivamente, à luz da configuração específica do caso concreto. O Tribunal Constitucional ignora a feição objetiva do recurso de constitucionalidade, em especial o

72 Cf. Artigo 79.º-C da LTC.

de decisões do primeiro tipo, e converte-o, subversivamente, num mero processo “de parte”, vinculado aos interesses das partes e aos efeitos que a decisão produz em concreto.

d) Sem pretendermos aderir ao já prolixo debate sobre a feição objetivista ou subjetivista dos processos de fiscalização concreta, parece-nos imprescindível a identificação das dimensões prevalentes nos recursos de decisões positivas de inconstitucionalidade, geradoras de impulso obrigatório para o Ministério Público⁷³. Dando por adquirida a componente subjetiva dos recursos de decisões negativas e sem contestar a natureza processual mista ou compósita dos processos *sub judicio*, impõe-se concluir no sentido da prevalência formal de fatores objetivos: (i) o poder/dever de controle oficioso exercido pelo juiz⁷⁴, eventualmente conducente à desaplicação e conseqüente privação da eficácia de uma norma no caso concreto, com fundamento em inconstitucionalidade, independentemente da intervenção das partes; (ii) o recurso obrigatório do Ministério Público para o TC nos casos previstos no artigo 280.º, n.ºs 3 e 5, da CRP; (iii) a intervenção da Justiça Constitucional em controle concreto desenvolve-se independentemente da violação de direitos ou da lesão de interesses das partes⁷⁵.

Com efeito, o fato de os recursos serem restritos à questão da inconstitucionalidade (ou da ilegalidade)⁷⁶ e o estatuto do Ministério Público⁷⁷, por referência a certos recursos da fiscalização concreta, constituem fortes indícios do seu caráter objetivo. Configura, seguramente, um tipo de legitimidade com uma natureza essencialmente formal, o estatuto que o MP assume, enquanto recorrente obrigatório, perante decisões que constituem fortes indícios da existência de uma inconstitucionalidade⁷⁸ ou que pretendem ga-

73 Cf. números 3 e 5 do artigo 280.º, da CRP.

74 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra, cit., p. 616.

75 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra, cit., p. 616.

76 Ou da ilegalidade.

77 Canas, Vitalino (1986) *Os Processos de Fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Limitada; pp. 38 e ss.

78 Canas, Vitalino (1986) *Os Processos de Fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*

rantir a unidade da ordem jurídica. Nos casos do artigo 280.º, n.º 3, da CRP, a atuação do MP tem como desígnio a preservação institucional de "um status de presunção de legitimidade"⁷⁹ dos atos ali descritos; Nos casos do artigo 280.º, n.º 5, da CRP, como "*guardião da coerência e da unidade jurisprudencial da Justiça Constitucional*"⁸⁰; nos casos de desarmonia de julgados entre seções do Tribunal Constitucional⁸¹; nos casos das decisões previstas na alínea i), do artigo 70.º, da LTC, como "*garantia da unidade jurisprudencial situada fora do universo da validade*"⁸². Estes são, para nós, argumentos decisivos. Nos casos em que o Ministério Público atua como recorrente obrigatório, o Tribunal Constitucional não pode deixar de conhecer o objeto do recurso, pelo menos nos casos em que o próprio MP sustenta a sua admissibilidade.

e) Dir-se-á, na senda da jurisprudência constitucional, que embora o objeto do processo seja a questão de inconstitucionalidade, a respectiva finalidade é a da reforma da decisão recorrida, donde a relevância do interesse processual, preclusiva do conhecimento do objeto do recurso, medido em função dos efeitos eventualmente produzidos no processo pretexto. Por conseguinte, o recurso perde a sua utilidade perante a existência de outro fundamento, autónomo, da decisão do tribunal *a quo*.

Parece-nos, contudo, que tal premissa merece ser reavaliada. Desde logo, na prática, cumpre notar que os efeitos de um eventual julgamento de inconstitucionalidade, a cargo do Tribunal Constitucional, não se esgotam, exclusivamente, no caso concreto. O que justifica, sobretudo nos recursos de constitucionalidade de feição predominantemente objetiva, que o indeferimento liminar só possa fundar-se na alegação de motivos ponderosos, havendo condições de admissibilidade do recurso.

pelo Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, Limitada; p. 41.

79 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 698.

80 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 698.

81 Cf. Artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC.

82 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 698.

Atendendo ao *critério primacial do âmbito da eficácia*⁸³ e ao argumento colhido da formulação do artigo 80.º, n.º 1, da LTC⁸⁴, as decisões de inconstitucionalidade que concedem provimento ao recurso assumem a força de caso julgado formal e de caso julgado prejudicial, pois, em princípio, os seus efeitos são *interpartes*. Porém, considerando os efeitos jurídicos do caso julgado formal, cumpre notar que, mesmo na perspetiva do caso concreto e dos respectivos efeitos *intraprocessuais*, a diferença entre o não conhecimento da questão de constitucionalidade e a prolação de uma eventual decisão de provimento do recurso não é jurídico-constitucionalmente inócua. Efetivamente, mesmo em fiscalização concreta, a decisão final não só não é jurídico-constitucionalmente irrelevante para o caso concreto, como produz, na prática, efeitos que o excedem:

(i) todos os membros do MP ficam obrigados a recorrer para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional⁸⁵;

(ii) uma eventual decisão de provimento do recurso pode constituir um pressuposto de competência⁸⁶ para efeitos da “repetição do julgado”, considerando que o TC aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos⁸⁷. Neste caso, pode o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou do Ministério Público, promover a organização de um processo com as cópias das correspondentes decisões, seguindo-se os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade⁸⁸;

83 Blanco de Morais, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; cit., p. 847.

84 Nos termos do qual, a decisão faz caso julgado no processo. Cf. Artigo 280.º, n.º 5, da CRP.

85 Cf. Artigo 280.º, n.º 5, da CRP.

86 Canas, Vitalino (1986) *Os Processos de Fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Limitada; p. 46.

87 Cf. Artigo 281.º, n.º 2, da CRP.

88 Cf. Artigo 82.º, da LOTC.

(iii) Reitere-se a utilidade a que aludimos supra, em sede de responsabilidade civil extracontratual do Estado, de uma eventual decisão de julgamento de inconstitucionalidade de uma norma legal ou regulamentar: perante uma decisão do TC nesse sentido, deve considerar-se comprovado o requisito da ilicitude.

4. A DEFERÊNCIA DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO DE EMERGÊNCIA: EM ESPECIAL, A JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA DA PANDEMIA

a) Um dos argumentos que é, habitualmente, invocado para aliviar o atual diagnóstico da justiça constitucional, atentas às deficiências e às insuficiências do sistema de fiscalização concreta, é a previsão de um contencioso administrativo amigo dos direitos fundamentais. Em contexto de emergência, a doutrina sublinha a particular adequação da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias para reagir “às intensíssimas interferências sobre direitos fundamentais”⁸⁹ perpetradas através de atos administrativos (praticados ou omitidos), regulamentos, contratos/atos de conformação de relações contratuais, ou de puros atos de execução/ operações materiais, excetuando os casos em que tenham assumido dimensão legislativa⁹⁰. Sendo constitutivas de relações jurídicas administrativas, tais atuações sujeitam-se ao controle da jurisdição administrativa. Tais expectativas foram defraudadas ou confirmadas pela prática?

89 Coimbra, José Duarte, (2020) “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, in *e-publica*, Vol. 7, N.º 1, abril 2020 (228-265); cit., p. 252.

90 No mesmo sentido, José Coimbra escreve que: “Já quanto aos - também - «Decretos» do Governo «regulamentadores»/«executores» dos Decretos presidenciais, a questão é à partida algo enigmática, a começar desde logo pela justificação da forma escolhida e pela referência à alínea g) do artigo 199.º da Constituição como aparente base normativa para a sua aprovação, as quais parecem indiciar estarem em causa atos correspondentes ao exercício da função administrativa. Basta, no entanto, uma só leitura de cada um desses Decretos governamentais para muito dificilmente se poder afastar a conclusão de que o seu conteúdo se traduz, quase integralmente, em atos de dimensão materialmente legislativa. E o mesmo parece poder ser dito em relação aos «Regimes» aprovados pelas sucessivas Resoluções do Conselho de Ministros declaradoras da situação de calamidade, mais uma vez não obstante a opção subjacente à forma de ato adotada.” - Duarte Coimbra, José (2020) “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, in *e-publica*, Vol. 7, N.º 1, abril 2020 (228-265); cit., p. 252, nota 38.

b) Começemos por destacar, em termos necessariamente sumários, dois aspectos positivos atinentes à delimitação da jurisdição administrativa, cuja interpretação no contexto pandémico permitiu a apreciação de certos processos pelos tribunais administrativos:

(A) Afigura-se-nos evidente que o conteúdo dos “*Decretos do Governo «regulamentadores»/«executores» dos Decretos presidenciais*”⁹¹, bem como as Resoluções do Conselho de Ministros adotadas durante os estados de calamidade, fundadas na Lei de Bases da Proteção Civil (LBPC)⁹², revestiam natureza materialmente legislativa. Não obstante o Governo invocasse a norma constitucional que lhe confere competência administrativa (cf. artigo 199.º, da CRP), considerando o conteúdo, incontestavelmente, inovatório, restritivo ou mesmo, em alguns casos, suspensivo de direitos fundamentais, de tais normas, as mesmas revestiam, incontestavelmente, natureza legislativa⁹³.

No entendimento do Supremo Tribunal Administrativo (STA), tais regulamentos invasivos da função subordinante acarretam, desde logo, a incompetência material dos tribunais administrativos para a sua apreciação, face à exclusão expressa do artigo 4.º, n.º 2, alínea a), do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF)⁹⁴. Com efeito, a impugnabilidade dos atos (normativos ou administrativos) na jurisdição administrativa depende dessa prévia qualificação, como atos praticados no exercício da função adminis-

91 Duarte Coimbra, José (2020) “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, in *e-publica*, Vol. 7, N.º 1, abril 2020 (228-265); cit., p. 252, nota 38.

92 Lei n.º 27/2006, de 03 de Julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 80/2015, de 03/08, Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30/11 e Rect. n.º 46/2006, de 07/08.

93 Em sentido diverso, José Coimbra considera que este recurso a regulamentos com conteúdo materialmente legislativo pode resultar “*de um nebuloso cenário normativo e de distribuição competencial, em parte promovido, diga-se, pelas equívocas referências que se conseguem extrair da própria Constituição a respeito da delimitação das funções administrativa/legislativa, por um lado, e das competências governamentais/parlamentares, por outro, em cenários de excepcionalidade constitucional ou administrativa.*” - Duarte Coimbra, José (2020) “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, in *e-publica* Vol. 7, N.º 1, abril 2020 (228-265); cit., p. 252, nota 38.

94 Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 114/2019, de 12/09, DL n.º 214-G/2015, de 02/10, Lei n.º 20/2012, de 14/05, Lei n.º 55-A/2010, de 31/12, DL n.º 166/2009, de 31/07, Lei n.º 59/2008, de 11/09, Lei n.º 52/2008, de 28/08, Lei n.º 26/2008, de 27/06, Lei n.º 2/2008, de 14/01, Lei n.º 1/2008, de 14/01, Lei n.º 107-D/2003, de 31/12, Lei n.º 4-A/2003, de 19/02, Rect. n.º 18/2002, de 12/04 e Rect. n.º 14/2002, de 20/03.

trativa⁹⁵. No que concerne à impugnação dos atos proferidos no uso do poder legislativo (e político), a constitucionalidade e legalidade abstrata das normas legais é da competência do Tribunal Constitucional, sendo os parâmetros da sua validade os definidos na Constituição⁹⁶.

Não obstante, o STA nunca suscitou a questão da natureza materialmente legislativa das normas sindicadas, o que se ajusta ao sentido maioritário da sua interpretação da Constituição dos poderes de emergência. Essa visão jurisprudencial permitiu, de resto, que certos processos pudessem ser objeto de apreciação pelos tribunais administrativos.

(B) Em acréscimo, o STA considerou, em termos inovadores⁹⁷, a impugnação de normas como pedido idóneo na intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, quando a questão não é suscitada como um pedido de impugnação de normas, mas como fundamento da intimação. Isto é, a questão pode ser a realização de um direito ou interesse, tendo como único fundamento a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com efeitos restritos ao caso concreto. O STA manteve, assim, garantido o âmbito de reserva de jurisdição constitucional⁹⁸, aplicando diretamente o princípio da tutela jurisdicional efetiva, prevista no n.º 5, do artigo 268.º, da CRP.

95 Segundo o STA, o art. 268.º, n.º 4 refere-se expressamente a "atos administrativos (...) independentemente das sua forma" e o n.º 5 refere-se às "normas administrativas com eficácia externa". Quer isto dizer que tanto os atos como as normas impugnáveis ao abrigo do disposto no art. 268.º, 4 e 5 da CRP são atos e normas emanados do exercício da função administrativa - Acórdão do STA de 29 de janeiro de 2014, Processo 0703/13. Disponível (última consulta dezembro 2021): <http://www.dqsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/365ad5aca640790c80257c770051e7c0?OpenDocument>

96 Cf. artigos 223.º, 1, 277.º e 278.º da CRP.

97 Nogueira de Brito, Miguel (2021) "Anotação ao Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 10 de Setembro de 2020", in *Revista de Direito Administrativo*, #10, jan-abril, AAFDL: Lisboa; cit., p. 132.

98 Nogueira de Brito nota que o Acórdão define a reserva de jurisdição constitucional, "não em função de o objeto do processo ser exclusivamente a questão de inconstitucionalidade, mas em função de a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral cabe unicamente ao Tribunal Constitucional, em qualquer instância, e de a desaplicação de uma norma ao caso concreto com fundamento em inconstitucionalidade ser apenas admissível estando salvaguardado recurso para o Tribunal Constitucional". - Nogueira de Brito, Miguel (2021) "Anotação ao Acórdão do STA, 1.ª Secção, de 10 de Setembro de 2020", in *Revista de Direito Administrativo*, #10, jan-abril, AAFDL: Lisboa; cit., pp. 131 e 132.

c) Não obstante o exposto, da análise da jurisprudência administrativa da pandemia resulta notório que a generosidade da interpretação do âmbito da jurisdição administrativa não se propagou ao sentido das decisões prolatadas. Salvo algumas exceções, considerando a curta vigência temporal das medidas restritivas ou suspensivas e a leitura que o STA fez, em contexto pandêmico, dos pressupostos processuais do respetivo contencioso, a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais em estados de emergência revelou ser insuficiente, desajustada e, em alguns casos, mesmo inviável.

c) Da análise da justiça administrativa da pandemia, cabe extrair os seguintes tópicos jurídico-processuais:

(A) Impõe-se revelar a abundância de inutilidades e/ou impossibilidades supervenientes da lide, para além dos poucos casos em que o STA, que julga as Resoluções do Conselho de Ministros em primeira instância, proferiu decisões de mérito. O STA revelou perfiar uma interpretação excessivamente formalista e rígida do conceito de utilidade processual, reconduzindo o escopo, em especial, das intimações para a proteção de direitos, liberdades e garantias à possibilidade de garantia em tempo útil - entendido numa perspectiva imediatista e circunscrita no tempo - de uma decisão de mérito, nos casos em que a tutela a obter não seria alcançável através da cumulação de um pedido de impugnação de normas, com uma providência cautelar;

(B) As circunstâncias inerentes à natureza das normas sindicadas - de vigência curta e localizada - fragilizam ou inviabilizam o duplo grau de jurisdição, encontrando-se qualquer impugnação de decisões de primeira instância, irremediavelmente, destinada a desfechos de inutilidade e/ou impossibilidade, superveniente ou originária, da lide, por falta de objeto, perante um quadro jurídico em estonteante movimento⁹⁹¹⁰⁰;

99 (1) No Acórdão do STA de 25 março de 2021 tinha sido julgada improcedente a intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias por Acórdão de 31 de Outubro de 2020, através da qual se pretendia, exclusivamente, a imposição judicial de uma conduta que permitisse à recorrente circular no território nacional entre os dias 30 de Outubro e 3 de Novembro de 2020. No despacho reclamado decidiu-se julgar extinto o recurso com fundamento na impossibilidade e inutilidade superveniente da lide, pois se essa conduta fosse judicialmente imposta, nessa altura, não teria objeto

100 Cf. Acórdão do STA, de 25/03/2021, Disponível

C) Para além de diferentes aceções dos pressupostos processuais atinentes ao escopo da intimação, umas mais restritivas que outras, eventualmente redutoras da sua suscetibilidade de amparo constitucional, a utilidade processual surge contaminada pelas sucessivas revogações das normas inicialmente sindicadas e, em alguns casos, por regulações distintas quanto ao conteúdo;

D) A interpretação restritiva do ônus de especificação das normas suspendendas não permite a suspensão da eficácia de normas regulamentares que não sejam suscetíveis de ser identificadas com precisão, independentemente do conteúdo.

d) Acrescem as dificuldades (ainda) geradas pela *tutela preventiva inibitória em matéria regulamentar*. No Acórdão do STA, proferido em 24 Junho de 2021¹⁰¹, estava em causa um despacho de não admissão liminar de um pedido de intimação, por, alegadamente, ser inútil. Segundo o Despacho reclamado, o processo urgente de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias tem como escopo assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia e não outro qualquer fim, "*por mais meritório que seja*". No caso *sub judicio*, estava em causa o direito de deslocação, previsto no n.º1 do artigo 44.º da CRP, perante a sua alegada violação pela norma regulamentar, do Conselho de Ministros, que proibia a circulação de e para a *Área Metropolitana de Lisboa*, num determinado período temporal¹⁰². Ocorre que esse período temporal terminava, precisamente, às 6 horas da manhã do dia em que o processo foi "concluso" ao Relator para despacho liminar, pelo que a proibição de circulação que é decretada pela norma regulamentar em causa tinha terminado. Pelo exposto, no entender do STA, não estaria em causa a «lesão actual ou iminente» do direito fundamental da livre circulação, pois seria manifestamente inútil admitir a pretensão controvertida, uma vez que, a ser deferida, "*não pro-*

(última consulta dezembro 2021) [http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/45502ab666916353802586a8005ce65a?Open](http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/45502ab666916353802586a8005ce65a?OpenDocument)

101 Votaram o Acórdão, os Conselheiros José Veloso (Relator), Ana Paula Portela e Adriano Cunha. Disponível (última consulta dezembro 2021): <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/61eb9c77b12c251280258705003f00c6?OpenDocument>

102 No período compreendido entre as 15H00 do dia 18 de Junho de 2021 e as 06H00 do dia 21 do mesmo mês.

duziria qualquer efeito jurídico a não ser o de 'aviso para o futuro'", sendo que "este processo urgente não admite uma tal 'finalidade' meramente preventiva, e muito menos de mera declaração de inconstitucionalidade, como parece que os demandantes entendem". Pelo contrário, os reclamantes contrapunham que a pretensão de intimação tinha utilidade e devia ser conhecida porque, apesar da vigência da medida restritiva do direito fundamental de circulação ter findado, era expectável a sua manutenção pelo Conselho de Ministros com a mera alteração do período de vigência nela contido.

○ O STA admite que o meio processual de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias possa impor à Administração determinados comportamentos, positivos ou negativos, que se mostrem indispensáveis para assegurar, em tempo útil, o exercício de um direito, liberdade ou garantia. ○ que, em seu entender, exige uma *«lesão atual ou iminente»* do direito fundamental da livre circulação, o que, *in casu*, não estaria verificado. Porém, no entendimento expresso no Acórdão, a eventual condenação da entidade requerida à abstenção de emitir um regulamento com o mesmo conteúdo das normas impugnadas extravasa o *"âmbito do poder de intervenção do poder judicial"*, porquanto *"a eventual renovação da norma restritiva para outros períodos temporais subseqüentes já depende de ponderações de conveniência e oportunidade administrativas, alheias ao STA, as quais ultrapassam o âmbito de intervenção do poder judicial"*. Pelo que não podia o STA, *"com base na realização dessas ponderações, que não lhe pertencem, considerar iminente a continuação da restrição ao direito de livre circulação, como pretendem os reclamantes de modo a suportar a utilidade à demanda."*

A doutrina admite que este meio processual possa abranger situações em que a tutela do direito fundamental se dirige à emissão de um ato administrativo ou de norma regulamentar. Mas pode esta intimação redundar numa tutela preventiva inibitória, no sentido de impor à Administração a abstenção de emitir normas administrativas que contendam com, restrinjam ou suspendam, direitos, liberdades e garantias? Embora a admissibilidade deste tipo de tutela

tenha sido, historicamente, controversa na doutrina¹⁰³, é, atualmente¹⁰⁴, consensual que o CPTA prevê a condenação na abstenção de emissão de normas administrativas, quando os efeitos da norma se produzam diretamente, sem necessidade de ato (administrativo ou jurisdicional) de aplicação. Os comportamentos que a Administração deve abster-se de adotar podem não se circunscrever a atos administrativos, categoria mencionada a título meramente exemplificativo pelo CPTA¹⁰⁵.

Não obstante a resistência do STA no aresto em apreço, expressa no sentido da rejeição de uma finalidade meramente preventiva da intimação, esta tutela preventiva constitui uma imposição do próprio princípio da tutela jurisdicional efetiva¹⁰⁶, no pressuposto, naturalmente, que a mesma não implique uma incursão em áreas de livre margem de decisão administrativa, em colisão com o princípio da separação de poderes. De resto, as vinculações jurídicas e limitações jurídico-constitucionais da Administração que permitiram a superação dos preconceitos e do debate doutrinário¹⁰⁷, e abriram caminho à previsão pelo CPTA da possibilidade de condenar a Administração à emissão do regulamento devido, serão, precisamente, as mesmas que legitimam uma condenação à omissão de emitir normas administrativas.

Ao contrário da argumentação do STA mencionada supra, parece-nos que a abstenção ou a emissão de normas administrativas com um determinado conteúdo pode não extravasar, necessaria-

103 Lancelo, Rui (2010) "A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos", disponível (última consulta dezembro 2021): <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1033-2247.pdf>

104 Assis Raimundo, Miguel (2015) "Em busca das especificidades processuais das formas típicas de atuação (a propósito da eliminação da distinção Acção Comum/Acção especial no CPTA", in *JULGAR* - N.º 26 - 2015 Coimbra Editora, p. 124.

105 Cf. Artigo 37.º, n.º 1, alínea c): "Condenação à adoção ou abstenção de comportamentos, designadamente a condenação da Administração à não emissão de um ato administrativo, quando seja provável a emissão de um ato lesivo".

106 No mesmo sentido - Lancelo, Rui (2010), "A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos", disponível (última consulta dezembro 2021): <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1033-2247.pdf>

107 Sobre as Omissões Regulamentares Ilegais, o nosso Relatório (inédito) de Mestrado de Direito Administrativo - Brizida Viana (CASTRO), Raquel Alexandra (2000) *Contributo para o Estudo das Omissões Regulamentares Ilegais*, Relatório de Direito Administrativo, para o Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Prof. Doutor Paulo Otero, (inédito), Lisboa; p. 9.

mente, o âmbito de intervenção do poder judicial, pois o respetivo controle jurídico, positivo ou negativo, constitui um corolário lógico do princípio da tutela jurisdicional efetiva, na medida da sua imediata lesividade. Um entendimento diverso ressuscita todos os mitos geralmente associados à natureza jurídica do próprio poder regulamentar e da correspondente impugnabilidade¹⁰⁸, por razões constitucionais, políticas e jurídico-normativas¹⁰⁹.

Consequentemente, considerando a inexistência de indícios literais da refutação dessa tutela inibitória preventiva no CPTA e sem prejuízo da preferência, a priori, pela via reativa, esta deve ser superada pela via preventiva quando o princípio da tutela jurisdicional efetiva o reclame, nos termos seguintes:

A) Quando a prevista e provável emissão das normas administrativas seja suscetível de causar danos irreversíveis, que uma eventual reação apenas a *posteriori*, seria capaz de prevenir ou remover¹¹⁰;

B) Desde que seja provável a emissão do regulamento^{111,112} e que este seja (ou possa ser) suficientemente determinado¹¹³.

Estamos conscientes da dificuldade/impossibilidade de identificação precisa de uma norma previsível futura, não sendo possível uma condenação à abstenção da regulamentação de norma em abstrato. Todavia, perante a irrelevância jurídica da forma, por

108 Blanco de Morais, Carlos (2011) "A impugnação dos regulamentos no contencioso administrativo português", in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª Edição revista e atualizada, coord. Vasco Pereira da Silva, E-book ICJP, Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa; pp. 136 e ss.

109 Blanco de Morais, Carlos (2011) "A impugnação dos regulamentos no contencioso administrativo português", in *Temas e Problemas de Processo Administrativo*, 2.ª Edição revista e atualizada, coord. Vasco Pereira da Silva, E-book ICJP, Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa; p. 136.

110 Para o ato administrativo - Aroso de Almeida, Mário (2021) *Manual de Processo Administrativo*, 5.ª Ed., Almedina: Coimbra; pp. 110-113.

111 Sobre a "probabilidade" da emissão de ato lesivo como pressuposto da acção inibitória - Lanceiro Rui (2010), "A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos", p. 30; disponível (última consulta dezembro 2021): <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1033-2247.pdf>

112 Por exemplo, quando a Administração anunciou que ia adotar esse comportamento - Lanceiro Rui (2010), "A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos", p. 30; disponível (

113 Lanceiro Rui (2010), "A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos", p. 30; disponível (última consulta dezembro 2021): <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1033-2247.pdf>

imposição constitucional¹¹⁴, apenas uma aceção excessivamente formalista do direito incompatível com o nosso ordenamento jurídico-constitucional ousará exigir a especificação de uma norma concreta, *ipsis verbis*, perante uma sucessão de normas de conteúdo idêntico, cujas agressões a direitos fundamentais se revelam materialmente equivalentes. Na ausência de instrumentos jurídico-processuais de amparo direto perante o Tribunal Constitucional, em situações excepcionais de emergência, perante uma bastante provável (e publicamente anunciada) emissão de uma norma administrativa com um conteúdo determinado, deve admitir-se a condenação à abstenção de emissão de regulamentos, designadamente, em sede de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias. Quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta negativa, ato ou norma, se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar.

CONCLUSÕES

O modelo de resposta normativa adotado em Portugal no combate à pandemia configura um desvio ao modelo positivo da Constituição dos poderes e dos direitos de emergência, o qual se funda no princípio do equilíbrio institucional de poderes vigente em normalidade constitucional, limite negativo intangível do ordenamento jurídico-constitucional de emergência. O que conduziu ao enfraquecimento da tutela jurisdicional de direitos fundamentais e da suscetibilidade de controle da constitucionalidade das medidas restritivas e/ou suspensivas pelo Tribunal Constitucional.

A pandemia agravou a percepção das insuficiências do nosso sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, em especial no que respeita às gigantescas dificuldades jurídico-processuais que constroem o acesso à justiça constitucional especializada, no ordenamento jurídico-constitucional português. Um teimoso diag-

114 Cf. Artigo 268.º, n.º 4, da CRP.

nóstico que, aliado à surpreendente inércia das entidades a quem a Constituição confere legitimidade para a fiscalização abstrata, constitui mais um argumento, decisivo, para a sua reformulação.

Em acréscimo, o contencioso administrativo não se revelou, no presente domínio material, especialmente amigo dos direitos fundamentais. Com algumas exceções, até mesmo os meios processuais que geravam maiores expectativas mostraram-se, na maioria absoluta dos casos, inservíveis para lidar com situações críticas pois, salvo alguns casos de criatividade jurídica de geometria varável, renderam-se ao pragmatismo das dificuldades processuais geradas pela regulação de emergência, por natureza, de vigência curta e temporalmente limitada.

CAPÍTULO 6

RELAÇÕES SOCIAIS E LABORAIS EM TEMPOS DE EXCEÇÃO

MARIA CRISTINA PEDUZZI

BRUNO BIANCO LEAL



MARIA CRISTINA PEDUZZI

É mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Foi advogada, procuradora da República, procuradora do Trabalho e presidente do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil. Atualmente, é ministra do Tribunal Superior do Trabalho do Brasil.

MARIA CRISTINA
PEDUZZI

RELAÇÕES SOCIAIS E LABORAIS EM TEMPOS DE EXCEÇÃO

1. INTRODUÇÃO¹

As relações de trabalho fazem parte do conjunto das relações e interações sociais necessárias para a vida em sociedade. É por meio das relações de trabalho que bens fundamentais para a sobrevivência do ser humano, como alimentos, roupas, calçados, medicamentos, automóveis, produtos de construção civil, móveis, entre outros, são produzidos; bem como serviços, como atendimento médico e odontológico, limpeza de ambientes e venda de bens são realizados.

Em tempos de exceção, as diversas relações sociais são atingidas, seja por conta de uma guerra, uma pandemia ou mesmo alterações climáticas. Nesse contexto, as relações de trabalho também são fortemente afetadas e sofrem ajustes para que a atividade produtiva não seja paralisada e a sociedade não fique desabastecida de itens de necessidade básica e serviços essenciais.

Com a pandemia de Covid-19, não foi diferente. As relações de trabalho passaram por adaptações e mudanças para que a saúde dos trabalhadores e consumidores fosse preservada ao máximo. Os avanços da ciência, agora, têm galgado novos ajustes, permitindo uma retomada mais vigorosa da atividade econômica.

¹ Parte dos conceitos apresentados neste artigo foram originalmente trabalhados no capítulo "As Metamorfoses do Trabalho Digno na 4ª Revolução Industrial", publicado no livro "Direito Fundamental ao Trabalho Digno no Século XXI", 1ª edição, sob a organização de Gabriela Neves Delgado.

2. OS INIMIGOS INVISÍVEIS E A NECESSIDADE DE INVESTIR EM SAÚDE: MUDANÇA DE PARADIGMA PARA ENFRENTAR A CRISE SANITÁRIA E ECONÔMICA

Primeiro, o registro de que há uma mudança de paradigma no século XXI, iniciada pelos marcos da Revolução Tecnológica 4.0 e catalisada pela crise sanitário-econômica da Covid-19.²

Para uma melhor compreensão das mudanças, é preciso definir o conceito de paradigma.

Segundo Thomas Kuhn – expoente no estudo do desenvolvimento científico e professor de Harvard –, paradigma pode ser entendido metaforicamente como as lentes utilizadas para enxergar o mundo e compreendê-lo.³

Nos momentos em que o paradigma existente já não é capaz de oferecer respostas aos novos problemas e questões, surge uma situação de crise que demanda da ciência a busca por um novo paradigma.⁴

Hoje, vive-se uma mudança de paradigmas em diversas áreas do saber e da ciência: economia, saúde, trabalho, consumo. A economia e a organização dos modos de produção foram os mais afetados.

O mercado de trabalho, que já vinha passando por reformulações em razão da Revolução Tecnológica 4.0, sofreu um efeito acelerador na consumação do novo paradigma. Além disso, a pandemia de Covid-19 alçou algumas profissões a posição de maior importância e relegou outras atividades a um espaço de menor valor de necessidade.

2 A ideia de que pandemia de COVID-19 veio catalisar mudanças instauradas pela Revolução Tecnológica 4.0 vem sendo divulgada por diversos pensadores. Registra-se um deles: DE CASTRO, Renato. *Pandemia acelera mudança para uma economia superlocal de hipertecnológica*. Publicada em 12/05/2020. Disponível em: < <https://cidadesmaisinteligentes.blogosfera.uol.com.br/2020/05/12/pandemia-acelera-mudanca-para-uma-economia-superlocal-e-hipertecnologica/> > Acesso em 29 jun. 2020.

3 KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, 9ª ed., p. 159.

4 Idem, *ibidem*.

3. A MUDANÇA DE PARADIGMA NO MUNDO DO TRABALHO

A crise econômica gerada pela pandemia de Covid-19 alterou de forma profunda o mercado de trabalho.

No início do surto epidêmico, o Brasil adotou, na maioria de seus estados, políticas de isolamento, restringindo a circulação de pessoas em ambientes públicos, limitando o funcionamento de comércio, escolas, creches, universidades etc. Além disso, o teletrabalho, que era uma exceção, passou a ser a regra para aqueles que conseguiam desempenhar suas atividades profissionais fora do estabelecimento do empregador.

Além de mudanças estruturais na organização do serviço, foram reforçados protocolos de higiene e saúde no ambiente de trabalho. Houve, também, uma readaptação dos modos de trabalho para adequar o quadro de empregados à redução do consumo e à queda na receita das empresas. Num primeiro momento da pandemia, a Justiça do Trabalho recebeu inúmeras demandas envolvendo rescisão contratual e suas verbas.

A instabilidade econômica gerada pelas restrições sanitárias na tentativa de controlar a pandemia de Covid-19 tem consequências diretas e imediatas no mercado de trabalho e nas relações de emprego.

Um movimento de substituição do trabalho humano pela Inteligência Artificial, pela computação e pela cibernética, que já vinha sendo observado no bojo da Revolução Tecnológica 4.0, ganhou ainda mais fôlego e envergadura para atender às novas demandas sanitárias e econômicas da pandemia.

Dora Kaufman explica que a Inteligência Artificial está intrinsecamente ligada à Revolução Tecnológica ou Indústria 4.0, uma vez que é instrumento para fazer previsões e ajustes nos modelos de negócio, além de alterar as tarefas e as funções que seres humanos antes desempenhavam.⁵

5 KAUFMAN, Dora. Os impactos esperados das mudanças tecnológicas: novas habilidades demandadas dos trabalhadores. In: **Trabalho 4.0**. Coordenador: José Roberto Afonso. Coleção IDP. Editora: Grupo Almedina, 2020, p. 146.

É importante destacar que essa transformação na estrutura do mercado de trabalho e nas tarefas tradicionalmente desempenhadas por seres humanos sempre esteve presente na história, ao longo das revoluções industriais e tecnológicas. A Inteligência Artificial, em particular, ganhou projeção após a Segunda Guerra Mundial, materializando-se nos computadores modernos.⁶

A Inteligência Artificial é a tecnologia capaz de criar um comportamento inteligente, que supera todo o conceito de ciência criada até então.⁷

A respeito de qualidades humanas inseridas na Inteligência Artificial, Dora Kaufman explica que, hoje, os algoritmos da Inteligência Artificial (IA) são capazes de incluir em seus processos vieses tipicamente humanos para alcançar resultados semelhantes ao que uma pessoa iria obter.⁸

No mesmo sentido, José Roberto Afonso ensina que a tecnologia vem ganhando cada vez mais espaço, desde as tarefas mais mecânicas até as mais complexas atividades que demandam maior raciocínio e habilidades intelectuais, além de diminuir os custos.⁹

Essa expansão da Inteligência Artificial não ficou restrita à indústria, mas também vem ganhando espaço em outros setores, como os serviços (atendimento ao cliente é feito por máquinas como *chatbots*), a agricultura (que utiliza maquinário inteligente para plantio e colheita) e o mercado financeiro (algoritmos de Inteligência Artificial fazem negociações nas bolsas de valores), como explica Dora Kaufman.¹⁰

6 TEIXEIRA, João Fernandes. **O que é Inteligência Artificial**. E-Galáxia, 2019. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=oDSZDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=intelig%C3%AAncia+artificial+conceito&ots=5FovGb5qPX&sig=rkdcSHtwXkpPsfRfc_4PUYm8ll#v=onepage&q=intelig%C3%AAncia%20artificial%20conceito&f=false > Acesso em: 27 jun. 2020.

7 Idem, *ibidem*.

8 KAUFMAN, Dora. Os impactos esperados das mudanças tecnológicas: novas habilidades demandadas dos trabalhadores. In: **Trabalho 4.0**. Coordenador: José Roberto Afonso. Coleção IDP. Editora: Grupo Almedina, 2020, p. 145.

9 AFONSO, José Roberto. Apresentação. In: **Trabalho 4.0**. Coordenador: José Roberto Afonso. Coleção IDP. Editora: Grupo Almedina, 2020, p. 17-18.

10 KAUFMAN, Dora. Os impactos esperados das mudanças tecnológicas: novas habilidades demandadas dos trabalhadores. In: **Trabalho 4.0**. Coordenador: José Roberto Afonso. Coleção IDP. Editora: Grupo Almedina, 2020, p. 147.

por máquinas e ferramentas tecnológicas a ponto de prescindir do agir humano. Para João Fernandes Teixeira, essa questão ainda continua em aberto.¹⁵

Yuval Noah Harari defende que é mais importante valorizar trabalhos humanos que não podem ser realizados pela tecnologia (como tarefas de cuidado de pessoas – bebês, crianças, idosos, pessoas com deficiência –, práticas e cerimônias religiosas, etc.) do que lutar pela manutenção de empregos formais que podem sofrer mudanças e cair em desuso pelas revoluções tecnológicas.¹⁶

A principal missão dos legisladores e operadores do Direito deve ser criar normas que garantam a efetivação de trabalho digno, nas relações de trabalho, ainda que nem sempre sob o vínculo de emprego subordinado.

4. A MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO DO TRABALHO

A mudança de paradigma que afetou o mundo do trabalho gerou reflexos sobre o Direito do Trabalho, na medida em que as regras criadas para normatizar o paradigma de produção anterior já se mostram incapazes de oferecer respostas que garantam direitos e segurança jurídica tanto aos trabalhadores, quanto aos tomadores de serviços.

Além de o mundo estar passando, hoje, pela 4ª Revolução Industrial, os países vêm enfrentando, desde 2008, uma crise econômica a nível nacional e global, sem precedentes na forma como se apresenta nas mais diversas áreas do setor produtivo. Para agravar toda a situação, houve um aprofundamento da crise econômica em razão da crise sanitária deflagrada pela pandemia de Covid-19, como referido.

15 TEIXEIRA, João Fernandes. **O que é Inteligência Artificial**. E-Galáxia, 2019. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=oDSZDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=intelig%C3%Aancia+artificial+conceito&ots=5FovGbSqPX&sig=rkdcSHtwXkpPsfRfc_4PUYm8ll#v=onepage&q=intelig%C3%Aancia%20artificial%20conceito&f=false > Acesso em 27/06/2020.

16 HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras. 2018. 6ª. Reimpressão, p. 62 e 68.

De acordo com o departamento de pesquisa da OIT, ao estudar 111 países entre 2008 e 2014, os dois principais fatores que levaram os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos a aprovarem reformas trabalhistas foram a crise econômica e os elevados níveis de desemprego.¹⁷

Em uma sociedade com uma economia complexa, é fundamental que seja garantida a segurança jurídica pelo Estado. É por meio da previsibilidade da atuação das instituições que trabalhadores e iniciativa privada podem construir um futuro de prosperidade e justiça social.

Nesse contexto, a União Europeia determinou que as reformas trabalhistas em seus países-membros deveriam observar um salário mínimo proporcional à produtividade de forma a garantir a competitividade das empresas. Nesse sentido, a França, por exemplo, foi estimulada a aprovar uma legislação que facilitasse para os empregadores a contratação e a dispensa de empregados¹⁸

Outros países que também adotaram reformas na sua legislação trabalhista foram Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, Inglaterra, Chile e Argentina.

De forma semelhante, o Brasil precisou adequar sua legislação trabalhista para atender às novas demandas da atual revolução tecnológica e aos novos modos de organização do trabalho.

As Leis nos 13.429/17 e 13.467/17 (conhecidas popularmente como Reforma Trabalhista de 2017) foram editadas com o objetivo de normatizar modos de produção já sedimentados no mundo do trabalho que careciam de uma regulamentação específica e própria no ordenamento jurídico brasileiro.

17 ADASCALITEI, Dragos. MORANO, Clemente Pignatti. **Labour Market reforms since the crisis: drivers and consequences**. International Labor Office, Research department, Working Paper n° 5, October 2015, p. 13.

18 CLAUWAWERT, S. ; SCHÖMANN, I.; BUETTEN, N.; RASNACA, Z. The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise. Country report: France. Última atualização: outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise>> Acesso em 14/05/2019.

O foco da reforma trabalhista brasileira foi valorizar a autonomia da vontade individual e coletiva dos contratantes, estimular a solução extrajudicial dos conflitos e promover segurança jurídica, com a flexibilização de normas que regulamentam pontos específicos do contrato de trabalho, permitindo a negociação coletiva de vários direitos trabalhistas¹⁹, além de detalhar o teletrabalho, modo de produzir amplamente implementado na pandemia.

Assim, o governo federal editou as Medidas Provisórias n^{os} 927 e 936 com a finalidade de regulamentar de forma imediata e urgente as relações de trabalho no novo contexto da pandemia de COVID-19 e promover preservação de trabalho e renda.

As Medidas Provisórias afetaram a forma como as relações de trabalho se desenhavam anteriormente, mas foram fundamentais para garantir o funcionamento da economia do país e a manutenção de postos de trabalho.

A Medida Provisória n^o 927, de 22 de março de 2020, regulamentou o teletrabalho, o trabalho remoto e à distância em tempos de pandemia, permitiu a antecipação de férias individuais, autorizou a concessão de férias coletivas, possibilitou o aproveitamento e a antecipação de feriados, estabeleceu novas regras para banco de horas e recolhimento de FGTS, entre outras medidas.

Em 15 de julho de 2020, o Senado Federal retirou de pauta a votação do Projeto de Lei de Conversão n^o18/2020 que tratava da Medida Provisória n^o 927/2020 com mais de mil emendas adicionadas por senadores.²⁰ Assim, a MP n^o 927/2020 caducou, mas é importante lembrar que o teletrabalho já estava previsto na CLT desde 2011 e foi aprimorado em 2017 pela Lei n^o 13.467/17. Então, essa modalidade de trabalho, tão difundida desde o início da pandemia, possui normas que orientam sua execução.

19 BRASIL, FECOMÉRCIO/SP. Reformas trabalhistas de países da Europa são diferentes da que está em discussão no Brasil, afirma José Pastore. Disponível em: < <https://www.fecomercio.com.br/noticia/reformas-trabalhistas-de-paises-da-europa-sao-diferentes-da-que-esta-em-discussao-no-brasil-afirma-jose-pastore> > Acesso em 05/07/2019.

20 BRASIL, Senado Federal. Senado deixa caducar MP que altera regras trabalhistas. Publicado em 15/07/2020. Disponível em: < [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-deixa-caducar-mp-que-altera-regras-trabalhistas#:~:text=O%20Senado%20retirou%20da%20pauta,pr%C3%B3ximo%20dia%2019%20\(domingo\).](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-deixa-caducar-mp-que-altera-regras-trabalhistas#:~:text=O%20Senado%20retirou%20da%20pauta,pr%C3%B3ximo%20dia%2019%20(domingo).) > Acesso em 16/07/2020.

Em sequência, foi editada a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, que criou um programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, implementando um benefício emergencial. Além disso, criou mecanismos para redução proporcional da jornada e do salário, bem como estabeleceu meios para a suspensão do contrato de trabalho, ambos com a garantia de aporte do governo para amenizar os impactos financeiros nos contratos dos empregados, além de mitigar o ônus econômico dos empregadores.

Em 7 de julho de 2020, foi publicada a Lei nº 14.020/2020, que incorporou a maior parte dos dispositivos da Medida Provisória nº 936/2020, com alguns acréscimos e algumas alterações para garantir a ampliação e o aprimoramento da vigência do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

Em 13 de outubro de 2020, foi editado o Decreto nº 10.517, como uma sequência de Decretos nos 10.422, de 13 de julho de 2020, e 10.470, de 24 de agosto de 2020, para prorrogar os prazos dos acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e de suspensão temporária de contrato de trabalho por mais 60 dias (totalizando 240 dias), previstos na Lei nº 14.020 de 6 de julho de 2020.

Para amparar os trabalhadores informais e autônomos, o governo federal sancionou a Lei nº 13.982 em 2 de abril de 2020, que garantiu um auxílio emergencial ao trabalhador no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) e disciplinou os requisitos para sua concessão.²¹

Em 2 de setembro de 2020, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.000/2020 para prorrogar o benefício emergencial a título de auxílio emergencial residual. Essa extensão do benefício foi fixada em 4 parcelas de R\$ 300,00 (trezentos) reais mensais, considerando o prazo máximo para pagamento 31 de dezembro de 2020.²²

21 A Lei nº 13.982/2020 previa o pagamento do auxílio emergencial pelo prazo de 3 meses a contar de abril, o que marcava o fim da concessão do benefício para junho de 2020. Considerando que a situação da pandemia de COVID-19 e as medidas de restrição para evitar a disseminação do novo coronavírus ainda não cessaram de forma completa, o Governo Federal publicou, em 1º de julho de 2020, o Decreto nº 10.412, para prorrogar o período de pagamento do auxílio emergencial em um período complementar de 2 (dois) meses, mediante requerimento, totalizando 5 meses (uma vez somados os 3 meses previstos inicialmente no Decreto nº 10.316/, de 7 abril de 2020).

22 A MP nº 1.000/2020 estabeleceu que o pagamento será uma continuidade do pagamento da parcela de R\$ 600,00 e é devido ao trabalhador beneficiário nos termos da Lei nº 13.982/2020 e desde que observados os requisitos desta Medida Provisória.

Em março de 2021, foi recriado o auxílio emergencial por meio da Medida Provisória nº 1.039/2021, que estabeleceu o valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) para famílias, R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) para mulheres que fossem chefes de família e R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para pessoa que vivesse sozinha.²³

Além disso, temos observado um esforço da União e de todos os entes da federação, para a compra e aplicação de vacinas suficientes para imunizar a população e garantir a retomada das atividades econômicas.

Em 28 de abril de 2021, foram editadas as Medidas Provisórias nos 1.045 e 1.046, de 2021, que retomaram o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e restabeleceram a regulamentação sobre teletrabalho, banco de horas, adiamento do recolhimento dos depósitos de FGTS, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, entre outros.

Em seguida, o Projeto de Lei de Conversão nº 17 de 2021, que incluía uma mini Reforma Trabalhista, além da conversão em lei da Medida Provisória nº 1045, acabou rejeitado pelo Senado Federal.

A Medida Provisória nº 1046, por sua vez, perdeu sua eficácia por ter transcorrido o prazo para sua votação no Congresso Nacional.

Esses são apenas alguns exemplos de mudanças legislativas emergenciais adotadas pelo governo federal brasileiro como forma de responder de modo rápido e eficiente às empresas e aos empregados que tiveram sua atuação abruptamente interrompida pelas medidas de emergência de saúde pública.

²³ Em todos os casos, o benefício é pago em 4 parcelas e cada família (ainda que unipessoal) tem direito a apenas um benefício. Da mesma forma que o auxílio emergencial pago em 2020, o novo auxílio de 2021 não pode ser percebido por empregados com carteira de trabalho assinada, tampouco por servidores públicos, ou pessoas com renda familiar per capita superior a R\$ 550,00 ou total acima de R\$ 3.300,00.

5. A VACINAÇÃO E O RETORNO GRADUAL AO TRABALHO PRESENCIAL

No Brasil, a vacinação tem avançado desde janeiro de 2021, alcançando cada vez um percentual maior da população, o que tem gerado como consequência uma queda no número de mortes e, também, uma redução de contaminações e infecções pelo novo coronavírus. Esse fenômeno exitoso passou a gerar novas controvérsias no meio jurídico a respeito da obrigatoriedade da vacinação, da possibilidade de implementação de passes sanitários e até da legalidade da aplicação de punições para aqueles que se recusassem a realizar o esquema vacinal contra a Covid-19.

A Lei nº 13.979, de fev/2020, que dispôs sobre medidas de enfrentamento à emergência de saúde pública, trouxe inúmeras controvérsias, e o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão conferindo interpretação conforme a Constituição da República para o artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, nas ADIs nos 6586 e 6587, estabeleceu os critérios para a vacinação e esclareceu que:

"A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes".²⁴

Isso significa que quem se recusa a vacinar pode ter o exercício de certos direitos limitado, como frequentar certos estabelecimentos.²⁵

Esses critérios estabelecidos pelo STF foram destinados à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, observadas suas competências, em decisão proferida em 17 de dezembro de 2020.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6586. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>> Acesso em 05/10/2021.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6586. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>> Acesso em 05/10/2021.

Na mesma sequência, o STF julgou o ARE 1.267.879 e fixou a seguinte tese de repercussão geral:

“É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.²⁶

Em 28 de janeiro de 2021, o Ministério Público do Trabalho divulgou um Guia Técnico Interno sobre Vacinação da Covid-19, que contém um capítulo sobre “Repercussões nas Relações de Trabalho” a respeito da compulsoriedade da vacinação, a obrigação das empresas de inserirem a vacinação no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), e de seus efeitos em caso de recusa do empregado em se vacinar.

Nesse guia de janeiro de 2021, o MPT tomou como premissas o dever do empregador em promover a saúde de seus funcionários e a imperatividade da eficácia horizontal do direito à saúde. Além disso, reforçou a importância das Normas Regulamentadoras nos 4 e 5, que estabelecem o dever de promover a conscientização, educação e orientação de trabalhadores sobre doenças, saúde e segurança do trabalho.

O Ministério Público do Trabalho reafirmou todos os pontos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIn nos 6586 e 6587 e do ARE nº 1.267.879, enfatizando que

a empresa NÃO deve utilizar, DE IMEDIATO, a pena máxima ou qualquer outra penalidade, sem antes informar ao trabalhador sobre os benefícios da vacina e a impor-

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1.267.879. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674> > Acesso em 06/10/2021.

tância da vacinação coletiva, além de propiciar-lhe atendimento médico, com esclarecimentos sobre a eficácia e segurança do imunizante.²⁷

Em 1º de novembro de 2021, o Ministério do Trabalho e Previdência editou a Portaria nº 620/2021, proibindo a exigência de comprovante de vacinação para a contratação ou manutenção do emprego. Considerou “*prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação*” (art. 1º, § 2º - grifos acrescentados).

Apesar de ter essa abertura para a exigência de testagem e/ou apresentação de cartão de vacinação contra a Covid-19, a Portaria nº 620/2021 vedou a dispensa por justa causa de empregados que se recusarem a vacinar.

Esse ponto gerou inúmeras controvérsias jurídicas, desde a constitucionalidade e legalidade da Portaria para regular a matéria da justa causa trabalhista, uma vez que se exigiria Decreto autônomo ou Lei Federal para o assunto, até questões relativas ao conflito do conteúdo da Portaria com outros diplomas normativos vigentes no país.

A questão foi judicializada e levada à apreciação do E. Supremo Tribunal Federal por meio das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) nos 898, 900 e 901.

Nas referidas ADPFs, os autores requereram liminarmente a suspensão dos dispositivos que proíbem os empregadores de exigirem certificado de vacinação para admissão ou manutenção do vínculo de emprego.

O Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, traduziu que os requerentes alegam que a Portaria MTP nº 620/2021 padece de inconstitucionalidade formal, uma vez que somente lei poderia limitar o poder diretivo do empregador, e material, por contrariar as dispo-

27 BRASIL, Ministério Público do Trabalho. Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da COVID-19. Disponível em: < https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudo_tecnico_de_vacinacao_gt_covid_19_versao_final_28_de_janeiro-sem-marca-dagua-2.pdf > Acesso em 06/10/2021.

sições constitucionais referentes ao direito à vida e à saúde, em um contexto em que o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual, nestes termos:

Em decisão liminar de 12 de novembro de 2021, o Ministro Barroso dispôs que a Portaria não constitui instrumento normativo adequado para proibir a dispensa por justa causa do empregado que se recusa a se vacinar, tampouco para estabelecer a obrigação de testagem com ônus para o empregador, nestes termos:

Em tais condições, a limitação ao poder de direção do empregador e a restrição ao direito dos demais empregados de ter sua saúde protegida implicam restrição a normas constitucionais e não pode ser objeto de norma infralegal, diante do que dispõe o art. 5º, II, CF, sendo discutível até mesmo por lei formal. O próprio poder de direção do empregador é objeto de lei (CLT, arts. 2º e 3º), não sendo possível sua alteração por portaria.

É certo que a norma impugnada não desconsidera a necessidade de proteção à saúde dos demais trabalhadores. *Entretanto, ela exige que, no caso de empregados que optaram por não se vacinar, tal proteção se efetive por meio de testagem compulsória custeada pelo empregador. Atribui, portanto, à empresa os ônus decorrentes da opção individual do empregado, quer no que se refere ao custeio, quer no que se refere à criação de uma estrutura apta a exercer o controle sobre a validade e regularidade de tais testagens.* Nessa medida, a portaria cria direitos e obrigações que, mais uma vez, não têm previsão legal e dependem de lei formal, dado que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II).²⁸ (grifos nossos)

28 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 898 Distrito Federal. Publicada em 12 de novembro de 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF898Liminar.pdf>> Acesso em 12/11/2021.

Destacou, entretanto, que a dispensa por justa causa do empregado que não se vacinar contra a COVID-19 deve ser aplicada como última medida, com atenção e cuidado, não podendo ser direcionada contra aqueles que possuem contra indicação médica para se vacinar, prevista no Plano Nacional de Vacinação contra a Covid-19 ou em consenso científico. Nesse contexto, suspendeu os dispositivos impugnados.²⁹ Veja-se:

“Por outro lado, assiste razão à autoridade responsável pela norma impugnada quanto à existência de justificativas legítimas para a não vacinação em alguns casos. Tais justificativas estão previstas no Plano Geral de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (Plano Nacional de Vacinação) e dizem respeito a situações em que a vacinação apresenta risco relevante para a saúde do empregado, tais como: hipersensibilidade aos componentes da vacina, reação anafilática, trombose e síndrome de extravasamento capilar (as duas últimas no caso de alguns imunizantes). Nessas hipóteses e em outras sobre as quais haja consenso científico, é aceitável que efetivamente se afaste o dever de vacinação, de forma a evitar a discriminação laboral em razão de condição particular de saúde do empregado.

*É importante, ainda, ter em conta as considerações do Ministério Público do Trabalho sobre a importância de que o empregador incentive os empregados a se vacinarem. Registre-se, por importante, que o poder de rescindir o contrato de trabalho de um empregado, embora seja uma faculdade do empregador, deve ser exercido com moderação e proporcionalidade, em respeito ao valor social do trabalho, funcionando como última ratio.”*³⁰ (grifos nossos)

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 898 MC/DF. Andamento processual. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6292147>>

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 898 Distrito Federal. Publicada em 12 de novembro de 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF898Liminar.pdf>> Acesso em 12/11/2021.

A matéria é inesgotável com desdobramentos para o mundo do trabalho.

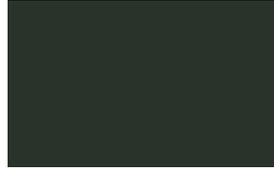
6. CONCLUSÃO

Temos, hoje, um quadro de temor de que a pandemia de Covid-19 e o próprio uso mais intenso da tecnologia alavanquem a extinção de milhares de postos de trabalho.

É certo que a tecnologia renova as formas e os modos como o trabalho se realiza substitui, em parte, seres humanos, mas cria, também, novas oportunidades para a atuação humana em um processo de renovação do que se entende por trabalho. Diversas tarefas que, há algumas décadas, sequer eram cogitadas no imaginário da sociedade, hoje, se tornaram profissões rentáveis e muito cotadas no mercado de trabalho.

O foco deve ser o trabalho e não só o emprego. O Prof. José Roberto Afonso bem acentua esse aspecto.

No mundo do trabalho pós-pandemia, importa considerar a necessidade de qualificar e requalificar profissionais para atendimento às demandas de um novo tempo e o momento deve ser de união entre empresários e trabalhadores, com o objetivo de buscar o equilíbrio para manter os empregos e a atividade produtiva.



BRUNO BIANCO LEAL

É mestre em Direito pela Universidade de Marília. Foi assessor especial da Casa Civil da Presidência da República Federativa do Brasil, com atuação direta na formulação da proposta de Reforma da Previdência. Atuou, ainda, como procurador-seccional federal em Marília e procurador regional federal junto ao INSS nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. É procurador federal e advogado-geral da União.

BRUNO BIANCO

RELAÇÕES SOCIAIS E LABORAIS EM TEMPOS DE EXCEÇÃO: PRINCIPAIS MEDIDAS ADOPTADAS PELO GOVERNO BRASILEIRO

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da covid-19, além de ser uma gravíssima crise sanitária que levou ao colapso sistemas de saúde de alguns dos mais bem estruturados países do mundo, a exemplo de países da União Europeia, acarretou uma forte crise econômica, originando sérias consequências sociais, principalmente diante do fechamento de empresas e da perda de postos de trabalho em escala global.

No Brasil, a pandemia também se mostrou um evento com alto potencial danoso para o mercado de trabalho, afetado de forma muito aguda nos meses iniciais. Com efeito, no primeiro trimestre da pandemia, houve um saldo negativo de 1.528.506 entre admissões e demissões no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), com pico no mês de abril de 2020, cujo saldo negativo indicou baixa em 918.286 vagas de emprego¹, o que demonstra a intensidade dos efeitos da pandemia.

¹ *Estatísticas Mensais do Emprego Formal no Brasil: Novo CAGED. Resultados mês a mês: Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jun2020/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.*

No que concerne aos trabalhadores informais, os impactos também foram alarmantes, com a agravante de inexistirem controles ou instrumentos estatais para a quantificação e identificação clara desses cidadãos, que totalizam mais de 30 milhões de trabalhadores.

Apresentou-se, pois, um cenário extremamente desafiador, motivado sobretudo pelas medidas de restrição adotadas por estados e municípios, atraindo a necessidade urgente de adoção de contramedidas que resguardassem as relações de trabalho, preservando empregos e empresas, e conferissem renda, garantindo a viabilidade da retomada econômica.

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo ilustrar a palestra realizada perante o painel "Relações Sociais e Laborais em Tempos de Exceção", ocorrida no dia 16 de novembro de 2021, por ocasião do IX Fórum Jurídico de Lisboa, realizado na capital portuguesa, que apresenta de forma breve algumas iniciativas do governo brasileiro no enfrentamento à pandemia de covid-19 nas áreas de assistência social e do trabalho, como mecanismos adotados para a proteção do mercado de trabalho informal e formal.

2. AUXÍLIO EMERGENCIAL

Inicialmente, vale destacar que, por ocasião do início da pandemia, o país contava com alguns mecanismos de assistência social para transferência de renda e promoção de subsistência, como é o caso do Programa Bolsa Família e do Benefício de Prestação Continuada (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), mas todos esses foram concebidos para um cenário não emergencial.

A eclosão da pandemia de covid-19 trouxe à realidade social brasileira um novo desafio diante das consequências imprevisíveis ao mercado de trabalho informal. Por essa razão, foi adotada no Brasil uma medida nova e específica de pagamento de valores, de natureza assistencial e excepcional, para socorrer trabalhadores que tiveram suas atividades econômicas paralisadas frente às restrições impostas e não reúnem condições de prover minimamente o seu sustento ou o de suas famílias.

Logo, pela falta de qualquer instrumento, a exemplo do que o seguro-desemprego representa para os empregados formais, restou imperiosa a adoção desse novo tipo de mecanismo de cunho assistencial, pago de forma direta, isonômica e solidária aos trabalhadores informais, garantindo-lhes um mínimo de proteção social.

Assim, por meio da Lei 13.982, de 2 de abril de 2020, instituiu-se o Auxílio Emergencial, prorrogado e restabelecido, respectivamente, pela Medida Provisória (MP) n° 1.000, de 2020, e pela MP n° 1.039, de 2021, para pagamento aos interessados de quotas mensais cujo valor variou entre R\$ 600,00 e R\$ 250,00.

Vale ressaltar que o público do Auxílio Emergencial, em sua grande maioria, igualmente, não possui cobertura previdenciária, demonstrando, pois, uma maior vulnerabilidade social, mesmo representando uma fatia de mais de 40% do mercado de trabalho². Tais fatores justificam ainda mais a adoção de uma medida de proteção abrangente e igualitária.

O auxílio emergencial beneficiou cerca de 68,3 milhões de pessoas em 2020 e 39,4 milhões em 2021. O saldo representa um total de R\$ 354,64 bilhões investidos na melhoria das condições de vida desses brasileiros, principalmente trabalhadores informais.

A grandeza dos números que representa o Auxílio Emergencial descortinou a grande quantidade de trabalhadores informais. Restou evidenciado que esse imenso contingente de pessoas precisa de forma urgente de novas políticas públicas, não só de inserção previdenciária, mas de qualificação profissional, de inclusão produtiva e de regulamentação de grande parcela de suas atividades, ainda não contempladas na legislação vigente em razão da inovação presente nos contornos de suas relações jurídicas.

Portanto, o Auxílio Emergencial, de feição assistencial e temporária, acudiu de forma muito efetiva e inovadora uma grande parcela do mercado de trabalho, possibilitando a garantia de acesso a um

² ABDALA, Victor. "Taxa de informalidade no mercado de trabalho sobe para 40%, diz IBGE: Entre 86,7 milhões de pessoas ocupadas, 34,7 milhões eram informais". (30/07/2021). *Agência Brasil - Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-07/taxa-de-informalidade-no-mercado-de-trabalho-sobe-para-40-diz-ibge>>. Acesso em: 10/03/2022.

mínimo existencial, dando concretude ao princípio de dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF), como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

3. MEDIDAS DE FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA (MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020, E MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.046, DE 27 DE ABRIL DE 2021)

Mesmo para o trabalhador formal, entendido aqui como aquele contratado sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com mais garantias de preservação de sua renda e seus vínculos de trabalho, os efeitos das restrições sociais e de circulação impostas em razão da pandemia revelaram a inadequação da legislação trabalhista vigente ao contexto emergencial vivido, mesmo após a recente reforma advinda com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Buscando atender às necessidades desses trabalhadores, foram publicadas as Medidas Provisórias nº 927, de 22 de março de 2020, e nº 1.046, de 27 de abril de 2021, nas fases mais agudas da pandemia, quando ocorreram a paralização de atividades econômicas e a imposição de readequações rápidas às suas mais diversas realidades de funcionamento.

Nesse contexto, os referidos instrumentos normativos, com foco apenas em normas já previstas na CLT para regulação do contrato de trabalho, trouxeram algumas soluções temporárias às necessidades de rápida conformação do trabalho ao novo contexto sanitário, dentre as quais destacam-se, resumidamente:

1. Facilitação do teletrabalho com a redução das exigências previstas na CLT: o empregador pode, a seu critério, alterar o regime de trabalho de presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, ou determinar o seu retorno ao regime presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho;

2. Antecipação de férias individuais com flexibilização de prazos: empregado e empregador puderam, adicionalmente, negociar a antecipação de períodos futuros de férias por meio de acordo individual escrito. O pagamento da remuneração das férias concedidas em razão do estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus poderia ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias;

3. Facilitação da concessão de férias coletivas: não aplicação do limite máximo de períodos anuais e do limite mínimo de dias corridos previstos no artigo 139 da CLT;

4. Aproveitamento e antecipação de feriados;

5. Bancos de horas com flexibilização do período de compensação: a compensação poderá ser realizada no prazo de até dezoito meses, contados da data de encerramento da pandemia;

6. Suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho: flexibilização e postergação, durante prazo certo previsto nas Medidas Provisórias em referência, da realização de alguns exames ocupacionais, havendo a previsão de prescrição do referido exame caso haja avaliação de existência de riscos pelo médico coordenador de programa de controle e saúde ocupacional;

7. Suspensão de treinamentos periódicos ou sua realização por meio de EAD, caso seja possível, cabendo ao empregador observar os conteúdos práticos, de modo a garantir que as atividades sejam executadas com segurança;

8. Direcionamento do trabalhador para qualificação: o curso ou o programa de qualificação profissional de que trata o art. 476-A da CLT (Lay-off) poderia ser oferecido pelo empregador exclusivamente na modalidade não presencial e com duração de, no mínimo, um mês e, no máximo, três meses;

9. Diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (3 meses em 2020 e 4 meses em 2022).

Portanto, as Medidas Provisórias nº 927, de 22 de março de 2020, e nº 1.046, de 27 de abril de 2021, tiveram papel fundamental para a realização dessas adaptações necessárias, conferindo agilidade e segurança jurídica às medidas utilizadas no enfrentamento da pandemia e na preservação de empregos.

4. PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA

Durante a fase mais aguda das restrições impostas em decorrência da covid-19 no Brasil, estimou-se, em abril de 2020, a ocorrência de 6 milhões de demissões, caso o governo federal não ampliasse os instrumentos de transferência de renda à população e de ajuda a empresas para que mantivessem empregos³.

As consequências econômicas do isolamento social acarretaram a rápida deterioração da economia, com queda de 69% do faturamento das empresas de pequenos negócios⁴, causando diminuição na demanda de produtos e serviços industriais para 79% das empresas⁵.

Seriam milhões de famílias vivendo, eventualmente, com o valor do seguro-desemprego, ressalvadas aquelas que não teriam sequer tal benefício, ante a ausência de preenchimento dos seus requisitos legais, e, além disso, sem qualquer perspectiva de nova contratação, em face da iminente recessão econômica que assolara o país.

3 CUCOLO, Eduardo. "Estudo aponta que pandemia pode até dobrar o desemprego". *Folha de S. Paulo*. Ed. *on-line*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/estudo-aponta-que-pandemia-pode-ate-dobrar-o-desemprego.shtml>>. Acesso em: 24/02/2022

4 "Queda média no faturamento de pequenas empresas após coronavírus é de 69%, diz Sebrae". *Valor Investe*. São Paulo: ed. *on-line*. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2020/04/02/queda-media-no-faturamento-de-pequenas-empresas-apos-coronavirus-e-de-69percent-diz-sebrae.ghtml>>. Acesso em: 24/02/2022.

5 "Coronavírus: Mais da metade das empresas têm 'queda intensa' na demanda, diz pesquisa da CNI". *G1*. Brasília: ed. *on-line*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/30/coronavirus-mais-da-metade-das-empresas-tem-queda-intensa-na-demanda-diz-pesquisa-da-cni.ghtml>>. Acesso em: 24/02/2022.

Outrossim, os mecanismos de auxílio até então existentes para a proteção dos trabalhadores ante o desemprego involuntário, como o seguro-desemprego da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, de feição passiva, poderiam causar maiores distorções no mercado de trabalho formal e agravar sobremaneira a condição social de milhões de trabalhadores, tendo em vista que os impactos sociais das demissões, estimadas em 12 milhões, eram imprevisíveis, mas que certamente afetariam gravemente a circulação de riqueza, o PIB e a futura retomada econômica.

Assim, foram editadas a MP nº 936, de 1 de abril de 2020, convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, e a MP nº 1.045, de 27 de abril de 2021, que trouxeram ao ordenamento jurídico o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, uma nova política ativa de emprego, e instituíram Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEm).

Esses instrumentos normativos autorizaram empregado e empregador avençar redução proporcional de salário e jornada e a suspensão temporária do contrato de trabalho. Em ambos os casos, isso garantiu o recebimento de um benefício mensal de natureza trabalhista, o BEm, pago pelo Governo Federal, cuja base de cálculo é o valor do seguro-desemprego que o empregado teria direito à época do acordo, bem como a garantia de emprego pelo período acordado.

Não foram criadas figuras inéditas no ordenamento jurídico pátrio, posto que tanto a redução de jornada e salário como a suspensão do contrato de trabalho já estão presentes na legislação trabalhista. A MP nº 936, de 2020, e a MP nº 1.045, de 2021, apenas calibraram seus termos em razão da situação extraordinária e excepcional decorrente do estado de calamidade pública visando atribuir maior grau de efetividade e simplicidade operacional às medidas.

O Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda procurou não fazer intervenções maiores que o necessário no patrimônio jurídico do trabalhador, empregando institutos já conhecidos no Direito do Trabalho para proporcionar à medida maior segurança jurídica.

No entanto, ante a excepcionalidade da situação sanitária e da celeridade das medidas de adequação às limitações de funcionamento empresarial impostas, foi estabelecida a possibilidade de celebração de acordo individual expressa em lei, paralelamente à possibilidade ampla de negociações coletivas, para a utilização de seus dois principais institutos: redução proporcional de salário e jornada e suspensão temporária do contrato de trabalho.

Tal previsão legal, criada para fazer frente às restrições sociais impostas, principalmente em razão do isolamento social, recebeu algumas críticas e acusações de incentivo à precarização do trabalho e de inconstitucionalidade por violação do princípio da irredutibilidade salarial (artigo 7º, VI, da CF). Essas situações, como se verá adiante, jamais ocorreram.

Destaque-se que a celebração de acordo individual para redução proporcional de salário e jornada não é novidade nos tribunais pátrios. Inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho já reconheceu a validade de acordo individual quando demonstrado o atendimento aos interesses do empregado⁶.

Assim, o Programa Emergencial, por meio de uma hipótese legal, privilegiou a liberdade negocial, em razão de suas características mais aderentes a um cenário de maior demanda por rapidez nas avenças, e permitiu ao trabalhador avaliar o que seria melhor para sua condição social: uma possível demissão, com o pagamento das verbas rescisórias respectivas e demais consectários legais; a redução proporcional de jornada e salário; ou a suspensão de seu contrato, mediante o pagamento do BEm e a garantia do emprego pelo mesmo período acordado.

⁶ TST - AIRR: 5072020115040751 507-20.2011.5.04.0751. Agravante: MINERVA S.A. Advogado: Dr. Jose Rogerio Alves. Agravado: GLEIDSON ROBERT FARIA. Advogados: Dra. Elizabete Schimainski, Dr. Andre Brum Toniato. Ementa: A Presidência do Tribunal Regional do Trabalho, com supedâneo no artigo 896, § 1º, da CLT, negou trânsito ao recurso de revista da parte agravante, que manifesta agravo de instrumento, reiterando as razões de revista. A recorrente insurge-se contra o v. acórdão, no tocante à condenação da reclamada ao pagamento da dobra dos 10 dias não usufruídos, relativamente aos períodos de férias dos períodos aquisitivos de 2013/2014 e 2014/2015. DENEGADO, visto que não preenchidos os pressupostos intrínsecos do recurso de revista, previstos no art. 896 da CLT. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 25/09/2013, 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 27/09/2013.

No caso específico da redução proporcional de salário e jornada, o cuidado do legislador foi para garantir maior dignidade e valor ao trabalho, no sentido da preservação do valor do salário-hora contratual, com o pagamento adicional, por parte do governo federal, do BEm, assim como a concessão de garantia de emprego pelo período que perdurou a redução. Em todas as hipóteses, tanto o acordo individual quanto a negociação coletiva carregam as mesmas consequências, sem incentivo à negociação bilateral entre empregado e empregador.

A manutenção do salário-hora e a subvenção governamental para incremento do valor do trabalho, além da garantia de emprego e acesso a todos os demais benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados (artigo 8º, § 2º, inciso I, MP nº 936/2020), melhoraram a condição social do empregado, dando concretude ao disposto no artigo 7º, *caput*, da CF, posto que houve um aumento real do valor do salário-hora e foi conferida a garantia de não ser dispensado em um momento que as empresas passavam por séria crise financeira.

Não se pode falar, portanto, propriamente em redução salarial via acordo individual como violação do princípio da irredutibilidade do salário (artigo 7º, VI, da CF), tendo em vista que o valor horário do trabalho é preservado em todas as hipóteses e parte da remuneração das horas reduzidas da jornada é compensada por complementação paga pelo Estado.

Constata-se, portanto, que as medidas adotadas promovem a convergência dos interesses de empregados e empregadores, como observado por Volia Bonfim:

Como visto, a MP 936/20 ao autorizar a redução dos salários, de forma proporcional à jornada, mediante ajuste entre patrão e empregado, com contrapartida de garantia de emprego, teve a finalidade de socorrer às empresas, os empregos e à economia, e, por isso, tem finalidade pública, coletiva e social. É obrigação do Estado garantir o pleno emprego (art. 170, VIII), manter

a estabilidade da economia (art. 170 caput), permitir o exercício da função social da empresa (artigo 170, III), proteger os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (art. 1º, IV), além de garantir uma sociedade solidária e justa, com desenvolvimento social, promovendo o bem de todos (art. 3º). Ora, todos esses princípios e valores expressos e emanados da Constituição estão claramente estampados na MP 936/20. A finalidade da medida foi a de garantir a sobrevivência das pessoas naturais e jurídicas, mantendo empregos e postos de trabalho⁷.

Outrossim, o acordo individual para redução proporcional do salário e da jornada está limitado aos termos da norma estatal, um verdadeiro contrato de adesão para ambas as partes, cujos termos foram delimitados pela União, nos limites do artigo 22, I, da CF. Constituem apenas um regime legal mínimo, onde as partes não têm ampla liberdade para contrariarem suas cláusulas, mas podem acordar o pagamento de um nível de renda maior, mediante ajudas compensatórias (artigo 9º, §§1º e 2º, da MP nº 936/2020), as quais não integrariam o salário devido pelo empregador, possuindo caráter indenizatório para todos os fins.

Resta, portanto, inequívoco que o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, ao possibilitar que empregado e empregador, unilateralmente, celebrem acordo para os seus institutos, melhorou a condição social do empregado, em atendimento ao previsto no artigo 7º, *caput*, da CF.

Por outro lado, a MP nº 936, de 2020, e a MP nº 1.045, de 2021, embora tenham ganhado a pecha de fomentarem o acordo individual como meio ordinário de ajuste para a adesão aos seus termos, são amplamente receptivas à intermediação por negociações coletivas, inclusive permitindo a utilização de meios eletrônicos para atendimento aos requisitos formais no processo de formação das

7 CASSAR, Vólia Bomfim. "Medida Provisória 936/20 - Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda". *Blog Acontece*. LFG, ed. *on-line* de 9 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/medida-provisoria-mp-936-20-programa-emergencial-de-manutencao-do-emprego-e-da-renda#.XpOuj4nWI-N>>. Acesso em: 24/02/2022.

negociações coletivas e reduzindo pela metade os seus prazos ordinários⁸.

Em acréscimo, têm como premissa a prevalência da negociação coletiva sobre o acordo individual, desde que não revoguem normas mais benéficas, nos termos dos parágrafos 5º e 6º, do artigo 12 da Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.

Em reforço aos argumentos acima, vale mencionar que foi ajuizada por partido político (Rede Sustentabilidade) Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) nº 6.363, tendo por objeto os artigos 11, § 4º, e 12; expressões do artigo 7º, II, e seu parágrafo único; o artigo 8º, § 1º, e § 3º, II; e o artigo 9º, § 1º, I, da MP nº 936/2020, sob a alegação de que violariam os artigos 7º, VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da CF.

Inicialmente, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, apreciando o pedido cautelar na ADI nº 6.363, deferiu, em parte, o pleito⁹:

[...] para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da MP nº 936/2020, de maneira a assentar que '[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração', para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva [...].

Resulta caracterizada a inércia do sindicato laboral em anuência com o acordado pelas partes.

8 Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, art. 17.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6.363/DF. Decisão: O Tribunal, por maioria, negou referendo à medida cautelar, indeferindo-a, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia, em parte, a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução nº 672/2020/STF). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1130469281/referendo-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6363-df>>. Acesso em: 10/03/2022.

Após a oposição de Embargos de Declaração pelo Advogado-Geral da União, foi prolatada nova decisão, na qual esclareceu-se¹⁰:

[...] para afastar quaisquer dúvidas, e sem que tal implique em modificação da decisão embargada, que são válidos e legítimos os acordos individuais celebrados na forma da MP nº 936/2020, os quais produzem efeitos imediatos, valendo não só no prazo de 10 dias previsto para a comunicação ao sindicato, como também nos prazos estabelecidos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho, agora reduzidos pela metade pelo art. 17, III daquele ato presidencial.

Com efeito, a cautelar concedida fora pautada para referendo do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual a indeferiu¹¹ e entendeu que os termos do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda são condizentes com a CF, avalizando a sua presunção de constitucionalidade e a segurança jurídica dos acordos celebrados, principalmente, quanto aos avançados individualmente, superando-se assim a virtual necessidade de celebração de negociação coletiva.

Resta, portanto, inequívoco que os interesses para a celebração do acordo de redução de salário e jornada não são contrapostos, mas complementares, harmonizando-se aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e que a MP nº 936, ao possibilitar que

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363 do Distrito Federal. Decisão: Recurso conhecido, porém rejeitado, por entender que não se encontram presentes os vícios apontados, sem prejuízo dos esclarecimentos explicitados. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Embte.(s): Advogado-Geral da União. Proc.(a/s)(es): Advogado-Geral da União. Embdo.(a/s): Rede Sustentabilidade. Adv.(a/s): Cassio dos Santos Araujo e outro(a/s). Disponível em: <https://abac.org.br/servicos/Cir00620AADL_6363_MP_396_decis%C3%A3o_EDecl_AGU_DOU_2020_04_15.pdf>. Acesso em: 10/03/2022.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão sobre Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363 do Distrito Federal. Proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, em face da Medida Provisória nº 936/2020, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) de que trata a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Negado referendo à medida cautelar. Em 17 de abril de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>>. Acesso em: 24/02/2022.

empregado e empregador, unilateralmente, celebrem acordo para adoção de seus institutos, melhorou a condição social do empregado, em atendimento ao previsto no artigo 7º, *caput*, da CF.

E, de fato, o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda apresentou uma excelente efetividade no atendimento de seus objetivos. Em 2020, foram celebrados mais de 20 milhões de acordos, destes 43,79% de suspensões temporárias de contrato de trabalho e 56,21% de reduções proporcionais de jornada e salário¹², beneficiando mais de 9,8 milhões de trabalhadores, em 10,3 milhões de contratos de trabalhos, e auxiliando 1,5 milhões de empregadores a manterem seus postos de trabalho ocupados.

Observa-se que, na fase mais aguda dos efeitos econômicos da pandemia, foi possível beneficiar quase um terço do mercado de trabalho formal, prevenindo a demissão em massa de forma ativa, por meio de pagamento direto aos empregados, de forma simples, desburocratizada e rápida, utilizando-se de sistemas automatizados de concessão do benefício e registro dos acordos.

Para a segunda fase do programa, no ano de 2021, através da MP nº 1.045, de 27 de abril de 2021, editada diante da continuidade dos graves efeitos sanitários e econômicos da pandemia de covid-19, foram celebrados quase 3,27 milhões de acordos. Dos acordos firmados, 1,37 milhão foram de suspensão temporária do contrato de trabalho e 1,91 milhão de redução proporcional de jornada e salários¹³, beneficiando 2,59 milhões de trabalhadores em 2,63 milhões de contratos de trabalho e auxiliando 634 mil empregadores a manterem seus postos de trabalho ocupados¹⁴.

A efetividade do programa foi evidente. Os números do CAGED demonstram que mais um objetivo do programa foi atendido: a preservação das atividades dos empregadores para a retomada,

12 *Estatísticas Mensais do Emprego Formal: Novo CAGED. Resultados dos últimos 13 meses: Janeiro de 2020 a Janeiro de 2021.* Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jan2021/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

13 *Estatísticas Mensais do Emprego Formal: Novo CAGED. Sobre o Novo CAGED. Resultados dos últimos 13 meses: Novembro de 2020 a Novembro de 2021.* Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Nov2021/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

14 *Idem, ibidem.*

tendo em vista que o seu saldo acumulado (janeiro a novembro) para 2021 é positivo em 2.992.898 empregos gerados¹⁵.

O programa do BEm atuou de forma equânime, apoiando empregados e empregadores, atingindo os seus escopos inicialmente projetados. Garantiu a continuidade das atividades empresariais, poupando-lhes dos custos relativos às eventuais verbas rescisórias que teriam de pagar em caso de demissões e, ao mesmo tempo, evitou que milhões de trabalhadores perdessem seus empregos e sua renda.

No que toca à eficiência na gestão da execução do programa, conforme o Acórdão nº 855/2021 - TCU - Plenário, somente foi detectado 0,72% de taxa de pagamentos indevidos, o que comprova que a sistemática do programa foi exitosa – uma marca evidente de que o sucesso de uma medida necessita de simplicidade e instrumentalidade para garantir um bom serviço a todos os interessados em acessar os serviços públicos.

Logo, a avaliação do TCU foi extremamente positiva, tanto quanto ao mérito, como também quanto à forma de execução do programa, que, em seu processo operacional, inovou profundamente e transformou de modo definitivo a forma de efetuar pagamentos de benefícios, fazendo com que o dinheiro pudesse chegar diretamente nas mãos do trabalhador, sem intermediários, sem burocracia e com baixíssimo risco operacional.

5. CONCLUSÃO

Durante a pandemia, várias mudanças ocorreram no mercado de trabalho, inclusive influenciadas pelo êxito das medidas acima expostas. As premissas mudaram, situações de fato e de direito não são mais as mesmas, e se torna imperiosa a adoção, frente a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, de políticas públicas que permitam a preservação de relações de trabalho, em observância

¹⁵ *Idem, ibidem.*

ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV, da CF).

À exemplo do demonstrado quanto ao êxito do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, mais políticas públicas ativas de mercado de trabalho precisam ser adotadas.

Na legislação pátria, principalmente quando se observa os termos da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, verifica-se que estão previstas algumas medidas para auxiliar os trabalhadores na busca e na preservação do emprego (art. 2º, inciso II). O tema das políticas ativas para o mercado de trabalho não é estranho ao legislador brasileiro, havendo, de forma esparsa, outras previsões legais do mesmo jaez.

No entanto, em que pese os esforços envidados para a consecução desses objetivos, as referidas políticas continuam muito tímidas, com pouco espaço no orçamento e, muitas vezes, sem focalização adequada.

Assim, é imperiosa a alteração estratégica no formato das políticas públicas de socorro às situações de desemprego involuntário, aumentando iniciativas de preservação de relações de trabalho ou incentivando a recontração de trabalhadores desempregados. Tudo sem deixar de atender ao comando do art. 7º, inciso II, da CF, o qual garante o pagamento de “seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário”.

Por outro lado, o mercado de trabalho atual encontra-se permeado pelas necessidades e contornos da economia sob demanda, não sendo as complexas relações jurídicas estipuladas pela CLT suficientes para atender a essas novas necessidades.

Nesse aspecto, a possibilidade de oferecimento de produtos e serviços personalizados atrai para o campo do direito a construção de um feixe de relações jurídicas distintas, mas conexas entre si. Essas relações, pois, já não se comportam nos estritos termos de uma política de trabalho subordinada, não eventual, onerosa e pessoal.

O desenvolvimento econômico angariado pelas crescentes inovações tecnológicas fez com que os costumes e as necessidades dos trabalhadores também se modificassem. O interesse em atividades menos subordinadas, com mais flexibilidade de horários e locais de trabalho, vem ganhando força entre as pessoas. Porém, os direitos à proteção social, à cobertura previdenciária e à inclusão produtiva devem ser exercidos e incentivados pelo Estado.

As novas relações de trabalho devem ser observadas e compreendidas de forma natural, como mais uma evolução da capacidade negocial entre agentes capazes, cabendo ao legislador apresentar as soluções adequadas aos problemas não atendidos pela legislação civil e comercial vigente. Não deve, pois, o intérprete da norma buscar a todo custo subsumir os novos modos de relações jurídicas aos termos da legislação trabalhista ordinária.

Desse modo, cumpre igualmente o legislador estabelecer soluções normativas adequadas às novas relações de trabalho, buscando sempre a harmonia e a isonomia na fruição de direitos sociais dos trabalhadores em geral, independentemente do vínculo laboral adotado, promovendo a efetividade ao direito social ao trabalho previsto no artigo 6º da CF.

6. REFERÊNCIAS

"Coronavírus: Mais da metade das empresas têm 'queda intensa' na demanda, diz pesquisa da CNI". *Portal G1*. Brasília: ed. *on-line*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/30/coronavirus-mais-da-metade-das-empresas-tem-queda-intensa-na-demanda-diz-pesquisa-da-cni.ghtml>>. Acesso em: 24/02/2022.

"Queda média no faturamento de pequenas empresas após coronavírus é de 69%, diz Sebrae". *Valor Investe*. São Paulo: ed. *on-line*. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/objetivo/empreenda-se/noticia/2020/04/02/queda-media-no-faturamento-de-pequenas-empresas-apos-coronavirus-e-de-69percent-diz-sebrae.ghtml>>. Acesso em: 24/02/2022.

ARAÚJO, Wanessa Mendes de. "O Trabalho na Era da Economia Sob Demanda: uma abordagem sobre o trabalho em plataformas de microtarefas". In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*. Brasília, v. 24, n. 2, 2020. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/422/344>>. Acesso em: 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão sobre Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363 do Distrito Federal. Proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, em face da MP nº 936/2020. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Em 17 de abril de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>>. Acesso em: 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF. Min. Ricardo Lewandowski. Embte.(s): Advogado-Geral da União. Proc.(a/s)(es): Advogado-Geral da União. Embdo.(a/s): Rede Sustentabilidade. Adv.(a/s): Cassio dos Santos Araujo e outro(a/s). Disponível em: <https://abac.org.br/servicos/Cir00620AADI_6363_

MP_396_decis%C3%A3o_EDecl_AGU_DOU_2020_04_15.pdf>. Acesso em: 10/03/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.363/DF. Presidência: Min. Dias Toffoli. Plenário, 17.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência – Resolução nº 672/2020/STF). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1130469281/referendo-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6363-df>>. Acesso em: 10/03/2022.

CALVET, Otavio Amaral; AGUIAR, Antonio Carlos. “‘Negociação’ individual para redução de salário e jornada de trabalho”. In: *Revista Consultor Jurídico*, 8 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>>. Acesso em: 23.02.2022.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Medida Provisória 936/20 - Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/medida-provisoria-mp-936-20-programa-emergencial-de-manutencao-do-emprego-e-da-renda#.XpOuj4nWl-N>>. Acesso em 24.02.2022.

CUCOLO, Eduardo. “Estudo aponta que pandemia pode até dobrar o desemprego”. *Folha de S. Paulo*. Ed. on-line. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/estudo-aponta-que-pandemia-pode-ate-dobrar-o-desemprego.shtml>>. Acesso em: 24/02/2022.

Estatísticas Mensais do Emprego Formal no Brasil: Novo CAGED. Resultados mês a mês: Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jun2020/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

Estatísticas Mensais do Emprego Formal: Novo CAGED. Resultados dos últimos 13 meses: Janeiro de 2020 a Janeiro de 2021. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Jan2021/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

Estatísticas Mensais do Emprego Formal: Novo CAGED. Sobre o Novo CAGED. Resultados dos últimos 13 meses: Agosto de 2020 a Agosto de 2021. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Ago2021/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

Estatísticas Mensais do Emprego Formal: Novo CAGED. Sobre o Novo CAGED. Resultados dos últimos 13 meses: Novembro de 2020 a Novembro de 2021. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/images/Novo_CAGED/Nov2021/2-apresentacao.pdf>. Acesso em: 24/02/2022.

PINHEIRO, Iuri; LUZ, Michel Evangelista; MARTINS, Rafael Lara. "Acordo individual para utilização dos instrumentos emergenciais da MP 936/20 - Análise constitucional ampla". *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8C8A5A-643117CD_IJPREV01.pdf>. Acesso em 23.02.2022.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 51ª ed. atual. e rev. São Paulo: LTr, 2019.

TST - AIRR: 5072020115040751 507-20.2011.5.04.0751. Agravante: MINERVA S.A. Advogado: Dr. Jose Rogerio Alves. Agravado: GLEIDSON ROBERT FARIA. Advogados: Dra. Elizabete Schimainski, Dr. Andre Brum Toniato. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 25/09/2013, 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 27/09/2013.

CAPÍTULO 7

TRABALHO 4.0

JOÃO ZENHA MARTINS



JOÃO ZENHA MARTINS

É doutor em Direito Privado pela Universidade Nova de Lisboa. Atuou como adjunto do provedor de Justiça de Portugal, consultor no Ministério da Justiça português e na Presidência do Conselho de Ministros, tendo representado Portugal em diferentes organizações. Atualmente, é professor associado da Universidade Nova de Lisboa, na qual também integra o Conselho Geral e preside o Conselho de Disciplina.

JOÃO ZENHA

TRABALHO 4.0 E REGULAÇÃO JURÍDICA: ALGUMAS REFLEXÕES

INTRODUÇÃO

I. O Direito do Trabalho tem conhecido alterações profundas. A globalização e o liberalismo do mercado nos finais do século XX alteraram a estrutura e a organização do trabalho e do emprego, refletindo-se na reestruturação de empresas, na redução de efetivos, na externalização de serviços, no aumento do número de micro, pequenas e médias empresas, e na amplificação da importância das relações das cadeias de abastecimento. Para lá da tecnologia, essas transformações têm refletido os desafios relacionados com a demografia e o desenvolvimento sustentável, incluindo as alterações climáticas

II. Em associação, as mudanças estruturais e tecnológicas intensificaram movimentos de redução dos custos relativos ao transporte de capitais e mercadorias, hiperbolizando-se a eficiência e a produtividade. As formas de organização da produção e do trabalho reconfiguraram-se, dando origem a uma produção cada vez mais fragmentada, que estende as cadeias produtivas globais e origina novas relações muito mais desregulamentadas, como as que dependem das plataformas tecnológicas. Tudo isso num contexto de

envelhecimento da população e de desemprego jovem generalizado; de fluxos migratórios crescentes num cenário de desigualdade entre países e em cada país; e de transição energética para uma economia descarbonizada, que terá um enorme impacto em setores declinados, como o das energias convencionais, e que, no anverso, gera novas oportunidades em setores emergentes, como o das energias renováveis e/ou o da economia verde.

Em simultâneo, ampliaram-se as pressões sobre a concorrência entre empresas¹, numa economia crescentemente terciarizada, que tem redefinido as condições das atividades profissionais. Acentuadas as tensões entre o novo e o tradicional, entre o comum e o excepcional, e já depois de uma fase de amadurecimento, o direito do trabalho encontra-se hoje, em sínodoque, no epicentro de uma crise, que ameaça abalar as suas “fundações normativas”² e determinar o seu “desmantelamento”³.

Contudo, cimentada a sua autonomia (incontestada) em relação ao direito civil⁴, vai conhecendo voga o entendimento de que o direito do trabalho da crise mais não foi, ou mais não é, do que a crise do direito do trabalho clássico, lá onde se topa com um *tsunami* tecnológico, que anuncia a Quarta Revolução Industrial.

Se as três revoluções anteriores foram impulsionadas pelo advento das máquinas a vapor, da eletricidade e dos computadores pessoais, a quarta está a ser impulsionada pela digitalização da informação. O ritmo da digitalização intensificou-se desde o início da pandemia. A digitalização, que respeita a utilização de ferramentas que convertem informação analógica em informação digital (desta-

1 Assim: UMBERTO ROMAGNOLI, “Il diritto del lavoro nell’età della globalizzazione”, LD, 2003, n.º 4, 570, que acrescenta a necessidade de um “compromisso entre a exigência da empresa (eficiência, produtividade, competitividade) e salvaguarda dos valores humanos (dignidade, segurança, liberdade) de que é portador o fator trabalho”.

2 Neste sentido: GUY DAVIDOV & BRIAN LANGILLE, “Introduction”, *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 4-7.

3 A expressão é de PETER HANAU, *Deregulierung des Arbeitsrechts - Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen*, Walter de Gruyter, Berlim/Nova Iorque, 1997, 5, permitindo-se situar a crise na década de 90.

4 Nestes termos, tomando de empréstimo as palavras de CARVALHO FERNANDES, v. JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Sobre a Constituição e a crise do favor *laboratoris* em Direito do Trabalho”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 270, onde se encontra referência panorâmica da doutrina nacional sobre o assunto.

cando-se a utilização de ferramentas de computação em nuvem e de agendamento, bem como de aplicações baseadas na web em diferentes plataformas para facilitar o acesso remoto e o trabalho colaborativo), já estava, todavia, a conduzir mudanças significativas na forma como as atividades e os locais de trabalho se organiza(-va)m, com eventuais e substanciais implicações nas necessidades de competências, nas normas laborais e no bem-estar das pessoas (OIT, 2019).

A Digitalização e as TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação), a par dos desenvolvimentos relacionados, como a IA (Inteligência Artificial), analítica avançada, robótica, automação, veículos autônomos, drones, dispositivos inteligentes, impressoras 3D, novas interfaces homem-máquina, a Internet das Coisas (IoT), *Big Data*, sistemas ciberfísicos, tecnologias avançadas de sensores, computação em nuvem, computação quântica, redes de comunicações, comércio eletrônico ou lixo eletrônico são uma realidade. A indústria 4.0 é o produto de uma profusão de tecnologias aplicadas ao ambiente de produção, avultando os *Cyber-Physical Systems* (CPS), a *Internet of Things* (IoT), a *Internet of Services* (IoS), os veículos autônomos, os robôs, os *Big Data*, os nanomateriais e os nanossensores.

A velocidade e a amplitude do impacto das novas tecnologias é muito maior do que nas revoluções industriais anteriores, devido à combinação de automação, digitalização e globalização.

III. Com o advento das novas tecnologias, os regimes de horário de trabalho, como os que estão subjacentes ao teletrabalho ou ao trabalho móvel com recurso a TIC (TICM), e os horários de trabalho flexíveis tornaram-se mais comuns. Em todo o mundo, muitas pessoas trabalham um número excessivo de horas, muitas vezes devido à mudança dos acordos de trabalho ou a salários baixos. Entretanto, um número cada vez maior da população ativa está envolvida em formas de trabalho temporário, a tempo parcial, a contrato, irregular, casual, ou à chamada, com contratos de zero horas, empregos por conta própria e outros acordos de trabalho semelhantes. Estas práticas, por vezes designadas como «formas atípicas de emprego», permitem um maior grau de «flexibilidade» para que as empresas

consigam atender às exigências de um mundo em transformação, fragmentando, contudo, quadros regulativos historicamente consolidados.

Relacionando as novas tecnologias com os novos riscos emergentes, importa ter presente que, se anteriormente se polarizava a análise nas consequências físicas, hoje destaca-se a saúde mental dos trabalhadores, com o aumento de riscos psicossociais, conjugação em que, por um lado, se reconfiguram os mecanismos destinados a garantir a proteção frente aos riscos com o intuito de impedir situações de insegurança, e em que, por outro, se redimensiona o conceito de “saúde ocupacional”.

Convocando-se a identificação e a avaliação dos riscos profissionais a que se encontra exposto o trabalhador nos diferentes setores de atividade, “cientifica-se o risco”, recorrendo, entre outras, às perspetivas atuarial, toxicológica, epidemiológica e/ou da engenharia, uma vez que os métodos científicos de medida e de cálculo utilizáveis implicam o subsídio de outras áreas científicas, sem as quais dificilmente se consegue um meio ambiente de trabalho equilibrado, ajustado à globalização, ao desenvolvimento tecnológicos, às crises económicas e aos perigos sanitários, como no caso da pandemia COVID-19.

Os riscos são muito mais do que uma probabilidade ou uma possibilidade e aparecem socialmente contextualizados. Havendo necessidade de atualização permanente do “catálogo do risco profissional”, tais riscos, no que se refere à “laboração digitalizada”, surgem do sobrepeso laboral que é facilitado pelas NTIC, que potencia os níveis de stresse, depressão, absentismo e podem levar ao *burnout*, este particularmente ligado à falta de reconhecimento, à ausência de uma comunidade e à falta de laços e entreeajuda entre os pares que, entre outros fatores, são potenciados pelo trabalho remoto⁵.

5 Na definição da OMS trata-se de uma “síndrome resultante de stress crónico no trabalho que não foi gerido com sucesso”: WHO (2019), *Burn-out an “occupational phenomenon”*: *International Classification of Diseases*. A entrada da síndrome de *burnout* na 11ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças reconhecidas pela OMS entrou em vigor a 1 de janeiro de 2022. Trata-se aqui dos novos riscos ocupacionais que se relacionam com as (novas) formas que a prestação de trabalho pode assumir e com a associação das novas tecnologias ao processo

Com 80% dos acidentes do trabalho ocorridos no mundo a poderem ser evitados se os Estados aplicassem normas e medidas de prevenção de forma adequada (segurança⁶), a Declaração do Centenário da OIT (2019) inseriu tal objetivo como uma condição fundamental para o trabalho decente, com a publicação do programa do trabalho decente incluído na Agenda da ONU 2030. As condições de segurança, higiene e saúde no trabalho, além de constituírem requisitos fundamentais para a proteção dos trabalhadores, representam indicadores muito significativos em relação ao nível de desenvolvimento de qualquer país⁷.

III. A par do trabalho desenvolvido através de plataformas digitais, tantas vezes associado à “uberização” das relações laborais, a lógica que, impulsionada pela digitalização da informação, enquadra a relação entre o trabalho e a pessoa do trabalhador⁸ é toda outra: o trabalho vai ter com o trabalhador, não sendo o trabalhador quem vai ao trabalho.

No que respeita às plataformas digitais de trabalho, estas incluem plataformas baseadas na web, onde o trabalho é externalizado para um elevado número de trabalhadores geograficamente dispersos (também designado como *crowdwork*) e em aplicações (ou *apps*) baseadas em localizações, onde o trabalho é externalizado numa região geográfica específica. As multinacionais tecnológicas revolucionaram o trabalho tradicional, uma vez que oferecem

produtivo, sejam elas genéticas, digitais, tecnológicas, robóticas, informacionais e comunicacionais.

6 É nesse contexto que CARLOS GOMES OLIVEIRA, *Avaliação de Riscos Profissionais. Uma reflexão conceptual e metodológica*, Chiado Editora, Lisboa, 2014, 114, define segurança no trabalho como um “ramo de aplicação do controle dos riscos que se refere aos meios de prevenção e de proteção de situações passíveis de originar acidentes de trabalho”

7 Sob este plano, no acervo de instrumentos desenvolvidos sob iniciativa da OIT, contam-se a Recomendação sobre a Proteção da Saúde dos Trabalhadores, 1953, e a Recomendação sobre os Serviços Médicos do Trabalho, 1969. Destacam-se, a Convenção relativa à Segurança, à Saúde dos Trabalhadores e ao Ambiente de Trabalho (Convenção n.º 155) e respectiva Recomendação n.º 164 e a Convenção sobre o Quadro Promocional para a Segurança e a Saúde no Trabalho (Convenção n.º 187), as quais estabelecem os princípios de uma política nacional e de uma ação a nível nacional para promover a segurança e a saúde no local de trabalho.

8 Sem que se esqueça que a força de trabalho é uma qualidade da Pessoa, que, por não ser algo que se situe no mundo exterior, não tem existência objetiva, não podendo, em consequência, ser alienada em si mesma. É sob este ângulo que ALAIN SUPIOT, *Le Droit du Travail* (8.ª ed.), Paris: PUF, 2004, pp. 33-4, aludindo a uma ficção como condição da alienação contratual do trabalho, refere que só esta permite tratar o trabalhador como sujeito e objeto do contrato, com o corpo do trabalhador, ao revés da valoração medieval, a não ser enquadrável como *res*.

bens ou serviços que, pelo menos na aparência, se encontram no halo da chamada “economia colaborativa” (*New Gig Economy Works*), através de plataformas de intermediação, que colocam serviços e consumidores em comunicação, de plataformas de mercados digitais, que oferecem diretamente serviços ou bens online, ou plataformas de *crowdworking*, que sustentam a oferta/disponibilização de serviços online.

A utilização de plataformas digitais avançadas para a procura e oferta de emprego é um dado inovador no panorama laboral e, no que a legislação diz respeito, essas novas realidades ainda estão em fase de adaptação, havendo, em abstrato, três enquadramentos possíveis: (i) trabalho independente; (ii) trabalho subordinado; (iii) e trabalho autônomo, mas com dependência econômica.

As plataformas digitais não têm uma força de trabalho, mas um relacionamento baseado na prestação de um serviço; as pessoas não são *qua tale* contratadas (em rigor, nem poderiam ser, dada a separação entre o tratamento jurídico do trabalho e da pessoa, que conhece na garantia de preservação da vida pessoal do trabalhador e das liberdades públicas um dos seus aspectos mais salientes), mas são definidos objetivos e resultados, e os serviços são executados por profissionais que trabalham para várias empresas. Os profissionais geralmente não realizam uma única tarefa, trabalham em período parcial ou sazonal e podem oferecer diferentes competências.

Sendo frequente descrever-se o trabalho por meio de plataformas digitais como um trabalho secundário, que representa uma fonte de rendimento complementar e não a principal fonte de rendimento daqueles que o realizam, tem sido sobredimensionada a “disponibilidade quase contínua” destes trabalhadores, num contexto em que eles estão necessariamente mais expostos ao risco de informalidade e em que têm poucos ou nenhuns benefícios contratuais (férias e subsídio por doença, informação, formação, serviços e apoio no que diz respeito à segurança e à saúde no trabalho).

Se a situação já levou o Parlamento Europeu, em Resolução de 15.06.2017 sobre as plataformas em linha e o Mercado Único Digital⁹, a considerar que muitas plataformas de intermediação em linha são estruturalmente semelhantes a agências de trabalho temporário (relação contratual triangular entre trabalhador temporário de uma agência/trabalhador de plataformas; agência de trabalho temporário/plataforma em linha; utilizador/cliente) (ponto 44), a situação, que se aproxima do *dumping* social, verifica-se também *in potentia* no que se refere aos trabalhadores envolvidos por movimentos de descentralização produtiva, designadamente nos casos em que a empresa (sub)contratante recorre a uma empresa multi-serviços ou de “gestão integral”¹⁰ em que os trabalhadores dessa empresa representam o elemento fundamental para execução das obras ou dos serviços, com os elementos patrimoniais, técnicos e materiais a serem pouco ou nada relevantes para dar cumprimento ao objeto do contrato celebrado, sem que, nessa esquadria, se exija o concurso dos requisitos formais e materiais necessários à intervenção de uma ETT¹¹. É importante que, *de jure condendo*, se possa garantir o direito de os trabalhadores dos serviços colaborativos se organizarem e, a par de condições de trabalho equitativas e de uma proteção jurídica e social adequada, que se garanta o direito à negociação e às ações coletivas, seja qual for o estatuto que nos direitos nacionais eles recebam. Afinal, a incorporação socialmente irreversível das tecnologias traz consigo a responsabilidade de moldar o seu desenvolvimento e a obrigação de posicionar os valores sociais como prioridades, cruzando-se, nesse trilema, os valores, os objetivos e os compromissos¹².

⁹ Ver https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0272_PT.html?redirect.

¹⁰ Sociedades com objeto amplo, que vai desde a limpeza ou vigilância até à jardinagem ou à manutenção da climatização, passando pela realização de quaisquer reparações ou serviços de que o cliente necessite. O fenómeno, embora com expressões (crescentemente) diversas, não é recente, como assinalava ALAMEDA CASTRILLO, “La cesión de trabajadores a través de empresas de multiservicios”, *Relaciones Laborales* 2005, n.ºs 19-20, pp. 247 e ss..

¹¹ Seja permitida a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, “Nótula sobre o trabalho temporário na Diretiva 2008/104/CE e o seu alcance”, *Prontuário de Direito do Trabalho* 2019 - I, CEJ, Lisboa, pp. 269-300.

¹² KLAUS SCHWAB, *Moldando a Quarta Revolução Industrial* (trad. Rui Candeias), Lisboa: Levoir, 2019, 54-5.

IV. Muito por força da pandemia, o teletrabalho assumiu particular relevância. Objeto de recente reconfiguração legal em Portugal, com a Lei n.º 83/2021, de 8 de dezembro de 2021, o teletrabalho pode conduzir a um prolongamento das horas de trabalho e também a mais trabalho no período noturno e durante os fins de semana. Aqui, o lado oculto da figura, quando aplicada sem qualquer alternância, está no deslasse das relações sociais mais complexas, uma vez que se coloca o agregado imediato, aquele com quem se partilha a residência, como único foco da existência, assistindo-se a uma verdadeira justaposição de esferas, sem que hoje existam certezas quanto à compatibilidade do teletrabalho com a figura da “isenção de horário de trabalho” e, mais do que isso, sem que se vislumbre qualquer previsão legal quanto a sistemas de certificação voluntária que avaliem os níveis de conciliação entre vida profissional e familiar no local de teletrabalho.

As vantagens oferecidas por novas formas de emprego, como o trabalho por carteira e o trabalho móvel com recurso a tecnologias, no que respeita às aspirações de uma organização do trabalho mais flexível, são contrapesadas por riscos efetivos de aumento do tempo de trabalho, comprometendo, com isso, a saúde e a segurança dos trabalhadores.

Assumindo que as questões relativas ao tempo de trabalho se ligam à necessária tutela da dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física e psicológica do trabalhador¹³ – bem se compreendendo, por isso, a impreteribilidade dos objetivos legais referentes à limitação do *período normal de trabalho*¹⁴ e a inerente necessidade de preservação de espaços de repouso destinados à recomposição de energias dos trabalhadores –, foi nesse contexto que a Eurofound e a OIT, ainda em 2017, produziram um relatório no qual concluíram que a introdução de novas tecnologias acarreta

13 Com indicação do conjunto de textos nacionais e internacionais que se relacionam com os limites à duração de trabalho, v. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O tempo de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 55-8.

14 Conceito que define o tempo de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar, medido em número de horas por dia e por semana, sendo o “horário de trabalho” determinado pelas horas do início e do termo do período normal de trabalho diário, incluindo a determinação dos intervalos de descanso. Como regra, o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia nem quarenta horas por semana.

efetivamente uma extensão do horário de trabalho, sem estabelecer quaisquer limites sobre o repouso durante as noites, nos fins de semana e feriados¹⁵, sendo recorrente trazer à colação o *karoshi*, locução japonesa que, significando “morte súbita por excesso de trabalho”, ficou ligada à não desconexão laboral e ao falecimento em razão de fenômenos ocupacionais¹⁶.

Depois, o isolamento conduz a incertezas sobre com quem falar sobre questões específicas, onde encontrar apoio específico, como e quando abordar colegas, levando a bloqueios e atrasos. Não obstante as suas vantagens, esse processo traz ameaças conhecidas, designadamente no plano da privacidade. As ferramentas que rastreiam a utilização do teclado, os movimentos do mouse ou a localização física das pessoas têm uma natureza intrusiva, multiplicando-se os instrumentos e os *softwares* disponíveis para acompanhar e monitorizar a atividade dos trabalhadores, especialmente quando trabalham a partir de locais remotos, tal como a sua casa, e longe dos contextos profissionais habituais.

Em paralelo, a aplicação (infrene) do digital pode convocar, em refluxo histórico, uma *retaylorização* do trabalho, uma vez que, com vista à organização do trabalho, são utilizados *scripts* que pre-determinam as tarefas. Usam-se, em simultâneo, diferentes tipos de *software*, que, por um lado, segmentam o trabalho em tarefas precisas, e que, por outro, o esquematizam através de algoritmos. Se, em muitos casos, e em geografias diversas, os trabalhadores já recebem instruções por meios estritamente digitais, suscita-se de *jure condendo* um reforço das inspeções de trabalho no sentido de proibir práticas que implicam, qual *contraditio in terminis*, na “desumanização das relações de trabalho”.

15 Eurofound and the International Labour Office (2017), Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva. AA.VV., Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Joint ILO-Eurofound report, 2017, 22-3.

16 Ver ILO (2013), Case Study: Karoshi: Death from overwork. Disponível em: https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_211571/lang-en/index.htm.

A situação do teletrabalho obrigatório e/ou incentivado em massa é desafiante, significando que, para lá da mudança para uma forma diferente de organização do trabalho, muitas vezes os/as trabalhadores/as têm que se familiarizar com ferramentas tecnológicas novas ou diferentes. Embora de forma parcial, isso explica porque muitas pessoas trabalham mais horas, intercaladas com atividades pessoais, para se adaptarem a esta nova realidade.

Neste plano, em termos de questões de saúde e segurança no trabalho, os dois desafios mais reconhecidos são os riscos psicossociais e os fatores ergonômicos. O *tecno stress*, adição às tecnologias e sobrecarga com tarefas aumentam a fadiga, a irritabilidade e a incapacidade de se desligar do trabalho e descansar corretamente. O comportamento sedentário prolongado, trabalhando-se na mesma posição sem se movimentar, durante longos períodos, aumenta o risco de problemas de saúde, incluindo perturbações músculo-esqueléticas, fadiga visual, obesidade, doenças cardíacas, etc.

Uma das projeções fundamentais da economia digital no mundo do trabalho 4.0 é a que diz respeito à segurança e à saúde dos trabalhadores. Essa matéria, que na difundida expressão de Elke Ahlers implica uma “ressocialização do risco digital”¹⁷, tem vindo a ser encarada como prioridade normativa e pode ser encarada de duas perspectivas diferentes: (i) a perspectiva da proteção dos dados relativos à saúde dos trabalhadores e (ii) a perspectiva do próprio sistema de segurança e saúde no local de trabalho.

Como salientam a OIT e a Comissão Europeia¹⁸, o “equilíbrio biopsicológico” do trabalhador, de modo a que este goze de “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” que inclua “os elementos físicos e mentais que afetam a saúde diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” e que “não consista somente na ausência de doença ou de enfermidade” (i.

17 ELKE AHLERS, “Flexible and remote work in the context of digitization and occupational health”, *International Journal of Labour Research*. Vol. 8, no. 1-2 (2016), 85-99.

18 COMISSÃO EUROPEIA (2002): Comunicação da Comissão “Adaptação às transformações do trabalho e da sociedade: uma nova estratégia comunitária de saúde e segurança 2002-2006”, COM (2002) 118 final, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=COM:2002:0118:FIN>.

e. uma saúde laboral integral¹⁹) é porventura o maior desafio que atravessa o direito do trabalho dos novos tempos, a par do necessário enquadramento da inteligência artificial e do *smart working*, na busca de aquietar aquilo que IVAN ILLICH, em 1979, designou, perante a tendência recuada para a deslaboralização das atividades e a substituição do esforço físico do trabalhador pelas tecnologias, como o “direito ao desemprego criador”²⁰.

V. Os grandes escritores de ficção científica previram há muito tempo que, num futuro distópico, a humanidade criaria máquinas que a destruiriam, assumindo especial precursão a peça de Karel Tchépek, *A Fábrica de Robôs* (1920). Na história, um cientista descobre a fórmula capaz de dar vida a máquinas de aparência humana, gerando um desequilíbrio radical no modo de produção e tornando a mão de obra humana obsoleta. Essas criaturas artificiais, desprovidas de sentimentos e criatividade, passam a exercer todas as atividades braçais, com consequências nefastas para os homens: a revolta dos robôs a conduz à destruição do sistema²¹. Se a necessidade de menos trabalhadores já fez augurar o fim do trabalho ou, pelo menos, a reconstrução de novos equilíbrios, em ligação direta com a predição de ILLICH encontra-se difusão e a ampliação da inteligência artificial.

A Inteligência Artificial (IA) é o ramo da Ciência da Computação que estuda o *software* e o *hardware* necessários para simular o comportamento e o entendimento humanos. O objetivo da IA é replicar a inteligência humana numa máquina, criando robôs conscientes e com sentimentos reais, semelhantes aos seres humanos.

Com os desenvolvimentos no campo da IA, é cada vez mais fácil automatizar tarefas de caráter cognitivo que anteriormente só poderiam ser realizadas por seres humanos. Os processos de aprendizagem automática permitem que sistemas de IA tomem decisões de forma autônoma. Em uma definição ampla, ela visa es-

19 Art. 3º, al. e), da Convenção nº 155 da OIT, aprovada e ratificada pelo Decreto do Governo nº 1/85, de 16 de janeiro.

20 Ler IVAN ILLICH. *O Direito ao desemprego criador: a decadência da idade profissional*. Rio de Janeiro: Editorial Alhambra, 1979.

21 Ler KAREL TCHÁPEK. *A Fábrica de robôs*. São Paulo: Editora Hedra, 2008.

tudar o comportamento inteligente em máquinas²². Por sua vez, o comportamento inteligente envolve perceber, raciocinar, aprender, comunicar e agir em ambientes complexos. Um dos objetivos de longo prazo da IA é o desenvolvimento de máquinas que possam fazer todas essas coisas tão bem quanto os seres humanos.

Quando se fala de inteligência artificial, fala-se dos algoritmos em que esta se baseia. E alguns algoritmos são, definitivamente, a expressão – em forma de raciocínio matemático – das instruções que a máquina deve aplicar, havendo naturalmente grande inquietude pelo fato de algoritmos cuja lógica se desconhece, mas que se presumem “cegos” e desumanizados, tomarem com cada vez maior frequência decisões que podem afetar direta, e nem sempre abertamente, as pessoas²³.

Esse conjunto de decisões complexas automatizadas que oferece a aprendizagem das máquinas tem um perfil próprio, diferente do seu criador, havendo necessidade de aprimorar a criação de algoritmos que interiorizem definições precisas de conceitos como imparcialidade e privacidade, de acordo com os critérios humanos, e garantir que as mesmas são cumpridas²⁴. Quanto à imparcialidade dos algoritmos, o problema reside no fato de os dados de formação utilizados nas aplicações de aprendizagem das máquinas poderem conter “preconceitos” ocultos e no fato de a construção de modelos que opera a partir destes dados poder ampliar os preconceitos existentes e introduzir outros novos.

Estando aí um dos maiores desafios à garantia do princípio da igualdade e à correlativa proibição de discriminação, especificamente nas fases de seleção de trabalhadores a contratar e a despedir – trata-se, em fundo, da questão dos custos da imparcialidade com vista a alcançar a exatidão preditiva e outros objetivos importantes,

22 MARIUSZ FLASIŃSKI. *Introduction to Artificial Intelligence*. Springer, 2016, 8 e ss

23 Daí que todas as propostas de regulação da inteligência artificial, desde a que foi apresentada em fevereiro de 2017 pelo Parlamento Europeu até à última proposta da Comissão, de fevereiro de 2020, façam referência à ética como um elemento imprescindível no desenvolvimento dos algoritmos com os quais trabalha a inteligência artificial.

24 KEVIN WARWICK, *Artificial Intelligence: The Basics*. Londres/Nova Iorque: Routledge, 2015, 63-72.

de forma idêntica à que se segue no estudo dos custos da exatidão na privacidade diferencial –, a abrangência do debate implicado é imensa e inclui um universo de assuntos e conceitos que exigem uma visão holística e multidisciplinar, lá onde não se pode perder de vista aspectos como a interpretabilidade algorítmica, a moralidade subjacente e a singularidade e a dignidade da pessoa humana: o ser humano precisa da computação, mas deve dominá-la e humanizá-la, em vez de se resignar a ser mecanizado e desumanizado por ela, já que o perigo real para o ser humano encontra-se justamente no obscurecimento da sua essência²⁵.

Os sistemas de IA têm de ser projetados e construídos para serem compatíveis com os valores humanos mais elevados da dignidade humana, da diversidade cultural e da tolerância, garantindo-se a todos os seres o direito de acesso, de controle e de gestão dos dados que geram devido à capacidade dos sistemas de inteligência artificial de analisar e usar esses dados. Ora, se os algoritmos de hoje estão a tornar-se muito bons no reconhecimento de padrões quando estes são fornecidos com grandes conjuntos de dados (v.g. detecção de fraudes com cartões de crédito), é igualmente seguro que estes são muito menos eficazes com as circunstâncias incomuns que não se encaixam no padrão usual, ou simplesmente quando os dados são escassos ou um têm um pouco de "ruído"²⁶. Para lidar com essas situações, é necessária uma pessoa qualificada. Implicando-se experiência, intuição e consciência social, basta pensar em atividades relacionadas à medicina, em que um robô se pode revelar inábil na interpretação dos sintomas e no diagnóstico subsequente. Tomando como exemplo a atividade médica, e quanto à interpretabilidade, é importante estarmos perante um ser humano treinado no circuito de decisão, o mesmo se passando, *mutatis mutandis*, quanto a uma decisão jurídica que implique um movimento circular de ir e vir entre a lei (globalmente considerada) e as especificidades do caso concreto axiologicamente contextualizáveis.

25 Ler MILES BRUNDAGE, "Limitations and Risks of Machine Ethics", *Artificial Intelligence: The Basics* (ed. Kevin Warwick). Nova Iorque: CRC Press, 2016, 87-115.

26 MARIUSZ FLASIŃSKI, *Introduction to Artificial Intelligence*, cit., 223-5.

Entendendo-se que a mudança tecnológica afeta mais a natureza do trabalho do que a oportunidade de participar no trabalho em si, é relevante ter presente a forma como as tecnologias da informação e comunicação foram enquadradas durante a Terceira Revolução Industrial, tomando como exemplo os ATMs. Os custos da banca caíram, mas o número de empregos nas agências bancárias aumentou, já que a natureza do trabalho alterou-se: este tornou-se menos transacional e mais focado no atendimento ao cliente.

Afastando-se a inexorabilidade da eliminação indispensável de postos de trabalho com a digitalização em curso, neste plano a robótica cria oportunidades para retirar trabalhadores de contextos perigosos, facilita os transportes, a educação e o combate à criminalidade, encerrando potencialidades para ajudar os cidadãos mais vulneráveis²⁷. Para lá das reduções do consumo de energia e/ou do desperdício de alimentos, há facilidades no plano da segurança e da proteção civil que permitirão salvar vidas. Mas a eliminação de determinados postos de trabalho é inevitável, suscitando-se a premissa de, no que as políticas públicas dizem respeito, nos concentrarmos nas competências, e não apenas nos trabalhos específicos que vão aparecer ou desaparecer.

Conseguindo-se determinar quais são os conjuntos de competências de que precisamos, pode-se treinar a força de trabalho humana para promover todas as novas oportunidades que a tecnologia cria, num contexto em que o envelhecimento da população nos países desenvolvidos implica uma força de trabalho menor – e maior necessidade de serviços de cuidados pessoais – nas próximas décadas. Ninguém duvida que a tecnologia tem um efeito destruidor de empregos (desemprego tecnológico?); um efeito de criação de novos empregos; e um efeito de transformação dos empregos existentes, principalmente no que se refere à organização do trabalho (trabalhar menos para trabalhar todos?), em que a redução da jornada de trabalho e a difusão do trabalho a tempo parcial adquirem novas centralidades.

27 J. MARK BISHOP, "Singularity, or How I Learned to Stop Worrying and Love Artificial Intelligence", *Artificial Intelligence: The Basics* (ed. Kevin Warwick). Nova Iorque: CRC Press, 2016, 267 e ss.

A mudança tecnológica que vivemos anuncia uma transformação disruptiva nas formas e meios de compreender a ideia de trabalho num futuro próximo. Aqui, se os esquemas normativos que vierem a ser adotados não deixarão de estar sujeitos a um processo evolutivo que responda ao contínuo desenvolvimento tecnológico, importa não esquecer o que muitos cientistas da computação evidenciaram: o que é simples para nós assume um grau de dificuldade extremo para qualquer sistema de IA, por mais sofisticado que seja (subir escadas, abrir uma porta ou chutar uma bola); mas a IA faz com facilidade aquilo que uma pessoa considera difícil.

De forma a garantir que a Quarta Revolução Industrial traz consigo crescimento econômico e coesão social, é necessário criar novos ecossistemas reguladores, que, sendo baseados em regulamentos e padrões apropriados para as novas tecnologias e indústrias, implicam uma combinação de políticas voltadas para o futuro, estruturas reguladoras ágeis e, acima de tudo, consórcios eficazes entre fronteiras organizacionais e nacionais. Os tempos mudam e os homens mudam com os tempos. No que diz respeito ao direito do trabalho, este necessariamente tem de seguir com os tempos e os homens.

CAPÍTULO 8

SAÚDE PÚBLICA E PRIVADA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA VISÃO COMPARADA

JULIANA LOSS



JULIANA LOSS

É doutora em Direito Privado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Carlos III de Madrid. Atua como coordenadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Conhecimento e coordenadora técnica de Mediação da Fundação Getulio Vargas.

JULIANA LOSS

RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL E O SISTEMA DE CONSENSUALIDADE

INTRODUÇÃO

A crise econômica provocada pela pandemia gerou uma expectativa de aumento significativo dos pedidos de recuperação e falência de empresas no Brasil, além do crescimento exponencial de outras demandas relacionadas à dificuldade econômica empresarial.

No entanto, esse cenário de alta judicialização não se confirmou. Segundo dados da Serasa Experian, os pedidos de recuperação registraram queda de 45% em julho de 2021¹ em relação ao ano anterior. Esse saldo positivo se deve a uma série de fatores, tais como a progressiva flexibilização das restrições sanitárias, vacinação, diferimento de tributos, concessão de subsídios tendo em vista a preservação dos empregos, e medidas legislativas que impulsionaram o consenso no tratamento dos litígios empresariais.

Este artigo tem o objetivo de analisar normativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relacionadas à reestruturação de empresas e à Lei n. 14.112 de 2020, que atualizou a legislação referen-

¹ Cf. SERASA EXPERIAN. *Indicadores econômicos*. Disponível em: < <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

te à recuperação judicial e extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária; além de verificar, a partir de dois casos práticos de regime especial de tratamento de conflitos deferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), os benefícios trazidos por essas novidades legislativas e as perspectivas para o uso de métodos consensuais para resolver as contendas entre devedor(es) e credor(es) no âmbito da recuperação empresarial.

Assim, este trabalho está dividido em três partes. A primeira aborda as mudanças legislativas recentes no regime de reestruturação empresarial; a segunda trata sobre dois casos práticos de regime especial de tratamento de conflitos de empresas em recuperação judicial no âmbito do TJRJ, e que foram geridos em parceria com a FGV Mediação; e a terceira trata sobre as perspectivas para a ampliação do consenso nessa área, com a possibilidade de tratar as demandas de forma mais célere e satisfativa para todas as partes.

A metodologia de estudo se baseia em uma revisão bibliográfica e normativa sobre o instituto da recuperação de empresas, bem como em uma análise dos dados da FGV Mediação na gestão desses dois casos.

I. MUDANÇAS NORMATIVAS NA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

A atualização do regime de recuperações de empresas em alguns países impulsionou diversas novidades e alterações no ordenamento brasileiro, como a Lei francesa n. 2005-845, de 26 de julho de 2005², a Diretiva 2019/1023³ do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia e o *Corporate Insolvency and Governance Act, de 2020*, do Reino Unido⁴.

2 Cf. *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000632645/>>. Acesso em 27 out. 2021.

3 Cf. Diretiva 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência). Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>>. Acesso em 27 out. 2021.

4 Cf. *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*. Disponível em: < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/12/contents/enacted>>. Acesso em 27 out. 2021.

De modo geral, essas atualizações tiveram como nortes principais⁵: a previsão de um regime de prevenção à reestruturação, com procedimentos flexíveis; moratória para pagamento das dívidas; e estímulo às tratativas consensuais entre o devedor e seus credores, acompanhado de uma suspensão temporária de atos executivos.

Em termos de política pública, o CNJ, desde 2018, publicou uma série de normativas com o objetivo de incentivar o encaminhamento dos conflitos decorrentes da recuperação empresarial para a mediação e a conciliação pelos juízes. Nesse sentido, por meio da Portaria n. 162⁶ deste mesmo ano, o Conselho criou um grupo de trabalho (GT) para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação de empresas.

Em 2019, o CNJ publicou a Recomendação n. 58⁷, que orientou, de forma direta, os juízes a encaminharem os processos de recuperação empresarial para o tratamento consensual. Um dos grandes obstáculos que persistem na prática judicial é que o número de processos encaminhados aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda é pequeno. Então, de fato, é muito importante esta orientação constante aos magistrados para que esse direcionamento aconteça em maior volume, o que foi referendado pelo enunciado n. 222⁸ da II Jornada de Prevenção e

5 Cf. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. Os mecanismos de pré-insolvência nos PLs 1397/2020 e 4458/2020. Migalhas, Migalhas de Peso, 21 de out. 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/335268/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

6 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria N° 162 de 19/12/2018*. Institui Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2787>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N° 58 de 22/10/2019*. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

8 Enunciado 222: O juiz incentivará, com o auxílio do administrador judicial, a desjudicialização da crise empresarial, seja nos processos de recuperação judicial, seja extrajudicial, como forma de encontrar a solução mais adequada ao caso e, com isso, concretizar o princípio da preservação da atividade viável.

Justificativa: A Lei n. 11.101/2005 incentiva a adoção de canais extrajudiciais de solução de conflitos, responsabilizando as partes pela solução da crise do devedor de forma negociada e fora do Poder Judiciário.

Trata-se de uma importante mudança cultural impulsionada pela Reforma (Lei n. 14.112/2021). Os magistrados, principalmente os não especializados, e os administradores judiciais precisam ser orientados para a utilização de caminhos menos gravosos e mais fluidos, autocompositivos, que podem ser escolhidos tanto das recuperações judiciais, quanto nas extrajudiciais. Por essas razões,

Solução Extrajudicial de Litígios realizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) em 2021.

O art. 2º da Recomendação n. 58, recentemente alterado em 2021, prevê algumas situações em que a mediação pode ser aplicada: nos incidentes de verificação de crédito, quanto ao valor do crédito e da escolha dos critérios legalmente aceitos para atribuição de valores aos bens gravados com direito real de garantia; negociação do plano de recuperação judicial; disputas entre os sócios/acionistas do devedor; casos de concessionárias/permissionárias de serviços públicos e órgãos reguladores, para pactuar acerca da participação dos entes reguladores no processo; e diversas situações que envolvam credores não sujeitos à recuperação, nos termos do § 3o do art. 49 da Lei no 11.101/2005, ou demais credores extraconcursais.

Os autores Juliana Bumachar e Gustavo Schmidt⁹ destacam que a mediação pode contribuir, significativamente, para a elaboração e apresentação de um plano de recuperação mais transparente, realístico, sustentável e adequado à realidade dos credores. Além disso, os referidos autores¹⁰ ressaltam que o mediador, enquanto facilitador dos conflitos, tem o importante papel de melhorar a comunicação entre as partes, de modo que elas trabalhem em estado de cooperação que propicie a aprovação do plano de reestruturação empresarial.

é importante um enunciado que indique essa nova direção, como forma de trazer ao cotidiano processual os meios adequados de solução de conflitos.

Cf. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. II *Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Brasília: CJF, 2021. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 3 fev. 2022.

9 SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BUMACHAR, Juliana. Como a mediação pode ajudar a recuperação de empresas em dificuldade. *Migalhas, migalhas de peso*, 20 mai. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/345861/como-a-mediacao-pode-ajudar-a-recuperacao-de-empresas-em-dificuldade>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

10 Idem.

O art. 3º da Recomendação n. 58 trata também sobre a especialização dos mediadores que atuam nesses casos de recuperação de empresa e orienta pela necessidade de experiência em processos de insolvência e em negociações complexas com múltiplas partes, o que pode ser dispensado por consenso entre as partes.

Já o art. 5º desta normativa trata sobre um outro aspecto prático importante e estabelece a vedação da cumulação das funções de administrador judicial com as de mediador.

Em 2020, a Recomendação n. 71¹¹ dispôs sobre a criação do CEJUSC Empresarial. Esta normativa prevê que os tribunais que implantarem esses CEJUSCs terão de providenciar a capacitação específica de conciliadores e mediadores nesta matéria, ou realizar cadastro de Câmara de conciliação e mediação que possua essa especialização; e determinar a remuneração e a forma de pagamento dos conciliadores e mediadores empresariais (art. 7º, I e II).

Na mesma linha dessas Resoluções e Recomendações, a Lei n. 14.112, de 2020¹², criou o regime de pré-insolvência no Brasil, inspirado nos modelos internacionais, e reflete a necessidade de respostas econômicas urgentes ao enfrentamento da crise decorrente da pandemia que se abateu sobre o setor empresarial.

A referida Lei inseriu os arts. 20-A a 20-D na Lei n. 11.101 de 2005¹³. O §1º do art. 20-B prevê a suspensão das execuções por até 60 dias, improrrogável, com o intuito de estimular a tentativa de composição entre o devedor e seus credores. A ideia é que as empresas que ainda tenham condições de renegociar as suas dívidas

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N° 71 de 05/08/2020*. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

12 BRASIL. *Lei N. 14.112 de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm>. Acesso em: 7 fev. 2022.

13 Cf. SALOMÃO, Luis Felipe; COSTA, Daniel Carnio. O que está salvando as empresas? O Brasil foi capaz de achatar a curva de demandas judiciais, adotando políticas públicas tecnicamente adequadas. *Jornal Valor Econômico, legislação*, 11 jan. 2022. Disponível em: < <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/o-que-esta-salvando-as-empresas.ghtml>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

consigam equalizá-las mediante uma intervenção judicial mínima; e os bons resultados são percebidos nos países que preveem esta medida. De fato, a prática mostra que os credores só participarão das negociações caso não possam prosseguir com suas execuções individuais¹⁴.

O deferimento desta tutela de urgência cautelar depende da efetiva instauração do procedimento de mediação ou conciliação. A doutrina especializada¹⁵ discute em qual momento ficaria caracterizada a instauração desses procedimentos, e a posição que prevalece é a que marca o começo com a expedição da carta-convide aos credores para participarem das sessões. Essa posição foi a que prevaleceu no enunciado 194 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de conflitos do CJF.

O juiz poderá revogar esta medida cautelar de suspensão das execuções (art. 20-B, §1º) mediante a demonstração de que a devedora procrastina ou não promove o efetivo andamento do procedimento de mediação ou conciliação instaurado.

A Lei n. 14.112 de 2020 buscou estimular, de forma inequívoca, a autocomposição coletiva entre o devedor e seus credores no âmbito dos CEJUSCs. O eventual acordo deverá ser homologado pelo juiz competente. A novação decorrente do acordo entre as partes só se consolida 360 dias após a homologação judicial desse ajuste e desde que a devedora não ajuíze pedido de recuperação judicial ou extrajudicial. Caso a empresa entre em recuperação neste período, o crédito retornará ao seu valor e condições originais, deduzidos os montantes já pagos (art. 20-C).

A II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de conflitos do CJF aprovou 7 enunciados¹⁶ relacionados à recuperação de empresas, e alguns já foram destacados anteriormente.

14 COSTA, Daniel Carnio. Conciliações e mediações antecedentes: O sistema brasileiro de pré-insolvência empresarial. Migalhas, *Insolvência em Foco*, 28 set. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/352248/conciliacoes-e-mediacoes-antecedentes>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

15 Idem.

16 Cf. os enunciados n. 190, 194, 200, 201, 202, 218, e 222. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Ob. Cit.

O enunciado 218 trata sobre a confidencialidade e afirma que este princípio se aplica, integralmente, à mediação no âmbito da recuperação de empresas, e o enunciado 190 deixa claro que ele abrange, também, o administrador judicial.

No que diz respeito ao papel do mediador, não cabe a ele julgar a existência, exigibilidade e legalidade do crédito, conforme prevê o enunciado 201. Na mediação em recuperação judicial, todos os participantes, colaborativamente, devem zelar pela observância da ordem de preferência dos créditos e pela verificação de existência, exigibilidade e legalidade deles. No caso de procedimento de mediação antecedente à recuperação judicial, a empresa devedora e seus credores são livres para estabelecer a melhor composição para adimplemento das obrigações, como dispõe o enunciado 202.

Além disso, o enunciado 200 prevê que o mediador também pode consultar os envolvidos sobre a conveniência da participação de outras pessoas potencialmente afetadas pelo resultado da mediação, sem que tal conduta importe em quebra do dever de imparcialidade.

II. REGIME ESPECIAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DECORRENTES DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

Em junho de 2020, o TJRJ publicou o Ato Normativo n. 17 de 2020¹⁷ que previu um Regime Especial de Tratamento de Conflitos para empresas em recuperação judicial e falência (RER). O intuito foi direcionar os processos de recuperação empresarial para uma tentativa de autocomposição entre as partes, em especial daquelas empresas que tiveram sua atividade impactada pela pandemia¹⁸. Este Ato Normativo seguiu na mesma linha da Recomendação n. 58 do CNJ.

17 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ato Normativo n. 17 de 23 de junho de 2020. Dispõe sobre a implantação de projeto de Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia COVID-19. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/ato-normativo-tj-n-17-2020.pdf/4ebebb1d-3bfe-6fb0-e42c-7b4ab5f16e42?version=1.0>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

18 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio, notícias, 22 de junho de 2020. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>> Acesso em: 5 fev. 2022.

A própria empresa em reestruturação pode solicitar ao tribunal que encaminhe os processos a uma tentativa consensual. Caso este requerimento seja aceito, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do TJRJ aprova, previamente, a proposta de acordo que a devedora apresentará aos seus credores. Cabe destacar que esta proposta não pode alterar a classificação do crédito disposta na Lei n. 11.101 de 2005.

As sessões de mediação são realizadas de forma *online*, com apoio de uma plataforma de videoconferência e com o suporte da plataforma e-Nupemec, desenvolvida no âmbito de um acordo de cooperação com a Fundação Getulio Vargas (FGV) e que conta com versão tanto para site quanto em aplicativo para *smartphones*, conforme mostra a figura 1 abaixo.

Figura 1. Aplicativo e-Nupemec



Fonte: Apple Store

A plataforma e-Nupemec permite que todos os mediadores judiciais cadastrados no âmbito do TJRJ façam a gestão dos processos que foram direcionados à sua agenda. Por meio desse sistema, o mediador valida os dados do processo e das partes e elabora a ata da sessão de mediação partir de um modelo automatizado. Após o encerramento da sessão, as atas são enviadas ao NUPEMEC, e os acordos seguem para a homologação do juiz competente.

No primeiro semestre de 2021, a FGV, em parceria com o TJRJ, participou da gestão e condução dos procedimentos de autocomposição em dois Regimes Especiais de Tratamento de Conflitos: um envolveu uma empresa do ramo da construção civil e o outro, uma editora.

O RER da construtora, realizado no período de fevereiro a abril de 2021, reuniu 82 processos, que geraram 150 sessões de mediação. Alguns casos precisaram de mais de uma sessão para serem encerrados devido à maior complexidade das propostas. No total, o projeto contou com o engajamento de uma equipe multidisciplinar de 6 mediadores e 3 gestores, além de profissionais de tecnologia. Neste projeto, as partes e os advogados compareceram em mais de 86% das sessões realizadas.

O RER da editora, ocorrido em junho de 2021, foi composto de 30 processos originários de Juizado Especial e outros 22 provenientes de Vara Cível, que resultaram em 52 sessões de mediação. O projeto contou com uma participação significativa dos autores e seus advogados em 75% das sessões e com o envolvimento de 3 mediadores, 2 gestores e profissionais de tecnologia.

O TJRJ realizou uma pesquisa¹⁹ de avaliação do trabalho dos mediadores pelas partes e pelos advogados durante as sessões do RER da construtora. O levantamento destacou que 100% dos participantes entenderam com clareza as explicações sobre o procedimento. Além disso, 98,2% destacaram o acolhimento que tiveram na mediação e 93,5% atestaram a percepção de imparcialidade dos mediadores. Os resultados mostraram que a mediação repercutiu positivamente sobre os processos.

19 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Mediações do eNupemec têm aprovação dos usuários. PJERJ, Notícias, 14 abr. 2021. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/8023073>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

III. REGIME ESPECIAL DE TRATAMENTO DE CONFLITOS DECORRENTES DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

A percepção sobre a eficácia do uso de abordagens facilitadoras em processos de recuperação empresarial tem crescido significativamente. Uma das tendências que despontam é o fato de que, independentemente do volume de credores, as empresas têm optado por sistemas que possam otimizar e automatizar as tarefas, o que confere ainda maior celeridade aos procedimentos.

A realização das sessões de facilitação de forma telepresencial²⁰, em geral, possibilita uma participação mais ativa de todos os envolvidos no processo, uma vez que tende a otimizar o encontro de uma agenda comum entre as partes. Nesse sentido, a legislação tem reforçado essa possibilidade, o que também contribui para a promoção da acessibilidade²¹.

Algumas empresas também têm optado por desenhar ou customizar um sistema de resolução de disputas, com o intuito de aplicar os métodos mais eficientes, considerados o tipo de controvérsia e as circunstâncias do caso. Um caso paradigmático foi o da empresa de telefonia Oi, a qual criou um sistema para tratamento dos conflitos com seus credores, decorrentes da sua recuperação empresarial.

A plataforma foi elaborada em parceria com a FGV e contou com o engajamento de profissionais de diversas áreas, bem como com o apoio e a participação do Poder Judiciário e do Ministério Público, os quais foram fundamentais para assegurar a credibilidade e segurança jurídica do sistema²². A repercussão, a complexida-

20 A Resolução n. 354 de 2020 do CNJ define as audiências e sessões telepresenciais como aquelas em que são realizadas em um ambiente físico externo às unidades judiciárias (art. 2º, II).

Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução Nº 354 de 19/11/2020. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

21 Cf. BRAGANÇA, Fernanda; LOSS, Juliana; DYMA, Maria Fernanda. Mediação online: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade. In: VIEIRA, Amanda de Lima et al (Coords.). *Coletânea Estudos sobre Mediação no Brasil e no exterior*, v. 3. Santa Cruz do Sul: *Essere nel Mondo*, 2020, pp. 163 -174.

22 Cf. SANTOS, Paulo Penalva. A maior recuperação judicial do país. *Migalhas, Migalhas*

de e o reconhecimento do impacto dos resultados desse sistema, que possibilitou a continuidade das atividades da empresa Oi, motivaram que outras empresas buscassem por esse tipo de solução.

O sistema da Oi permitiu que os credores espalhados pelo Brasil e no exterior tivessem acesso à proposta da empresa e participassem das sessões de facilitação. Os principais objetivos atingidos foram a diminuição do passivo de ações judicializadas²³, a melhora do relacionamento com os parceiros e clientes e a continuidade das operações, não obstante o contexto de reestruturação.

A tecnologia foi um elemento determinante para a reverberação desse caso, pois possibilitou alcançar mais de 87.000 credores. Por meio desse recurso, eles puderam ter contato com representantes da empresa, negociar e receber os valores devidos por ela de uma forma célere e efetiva. O resultado foi a realização de mais de 58.000 acordos, segundo dados da FGV atualizados em janeiro de 2022.

O Poder Judiciário é um grande estimulador da consensualidade e apoia o uso da tecnologia nesses procedimentos²⁴. De fato, os ganhos em relação ao tempo de duração dos processos de recuperação empresarial; a capacidade de lidar com matérias complexas com a utilização de métodos mais apropriados; e a estrita observância da legalidade e do plano de recuperação são resultados que se sobressaem em situações de crise e diante da necessidade de redução de contingências judiciais.

de peso, 28 set. 2020. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/333980/a-maior-recuperacao-judicial-do-pais>>. Acesso em 7 fev. 2022.

23 Cf. LOSS, Juliana; BRAGANÇA, Fernanda. A evolução prática da mediação no âmbito das empresas em dificuldade no Brasil a partir do caso Oi. *Migalhas, migalhas consensuais*, 6 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/349669/a-evolucao-da-mediacao-no-ambito-das-empresas-em-dificuldade-no-brasil>>. Acesso em 9 fev. 2022.

24 Cf. LONGO, Samantha Mendes. TJ-RJ incentiva acordos com mediação online. *Estadão, Política*, 27 de março de 2019. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tj-rj-incentiva-acordos-com-mediacao-online/>>. Acesso em 5 jun. de 2021.

CONCLUSÃO

A atualização da legislação de recuperação de empresas no Brasil estabeleceu um regime de pré-insolvência, que considerou os parâmetros internacionais mais modernos, e incentivou os credores a negociarem com a devedora, por exemplo, com a suspensão das execuções individuais. A Lei n. 14.112 de 2020 inovou porque, até então, o movimento de direcionar os processos recuperacionais para a mediação e conciliação tinha característica de diretriz ou recomendação, sem prever medidas que interessassem, concretamente, os credores a buscarem uma autocomposição.

Os resultados em termos de quantidade de acordos, tempo para encerramento dos processos e comparecimento das partes e dos advogados são relevantes para que os tribunais continuem a apostar nesses regimes especiais de tratamento de conflitos de recuperação empresarial. Assim, ao mesmo tempo em que os órgãos judiciários cumprem as normas do CNJ, a função social da empresa é destacada, uma vez que o aumento das chances de permanência no mercado reverbera em manutenção dos empregos e outros impactos econômico-financeiros.

A tecnologia é um elemento que tem conquistado cada vez mais notoriedade na resolução dos conflitos. A possibilidade de construir um sistema customizado e a integração institucional com o sistema de justiça conferem robustez e segurança jurídica aos procedimentos consensuais.

REFERÊNCIAS

BRAGANÇA, Fernanda; LOSS, Juliana; DYMA, Maria Fernanda. Mediação online: evolução, tecnologia e desafios de acessibilidade. In: VIEIRA, Amanda de Lima et al (Coords.). *Coletânea Estudos sobre Mediação no Brasil e no exterior*, v. 3. Santa Cruz do Sul: Esse- nel Mondo, 2020, pp. 163 -174.

BRASIL. *Lei N. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em 1 fev. 2022.

BRASIL. *Lei N. 14.112 de 24 de dezembro de 2020*. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm>. Acesso em: 7 fev. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Brasília: CJF, 2021. Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d-17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 3 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Portaria Nº 162 de 19/12/2018*. Institui Grupo de Trabalho para contribuir com a modernização e efetividade da atuação do Poder Judiciário nos processos de recuperação judicial e de falência. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2787>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação Nº 58 de 22/10/2019*. Recomenda aos magistrados responsáveis pelo

processamento e julgamento dos processos de recuperação empresarial e falências, de varas especializadas ou não, que promovam, sempre que possível, o uso da mediação. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação N° 71 de 05/08/2020*. Dispõe sobre a criação do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - Cejusc Empresarial e fomenta o uso de métodos adequados de tratamento de conflitos de natureza empresarial. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução N° 354 de 19/11/2020*. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

COSTA, Daniel Carnio. Conciliações e mediações antecedentes: O sistema brasileiro de pré-insolvência empresarial. *Migalhas, Insolvência em Foco*, 28 set. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/352248/conciliacoes-e-mediacoes-antecedentes>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. Os mecanismos de pré-insolvência nos PLs 1397/2020 e 4458/2020. *Migalhas, Migalhas de Peso*, 21 de out. 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/335268/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

FRANÇA. *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000632645/>>. Acesso em 27 jan. 2022.

LONGO, Samantha Mendes. TJ-RJ incentiva acordos com mediação online. *Estadão, Política*, 27 de março de 2019. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tj-rj-incentiva-acordos-com-mediacao-online/>> acesso em 5 de junho de 2021.

LOSS, Juliana; BRAGANÇA, Fernanda. A evolução prática da mediação no âmbito das empresas em dificuldade no Brasil a partir do caso Oi. *Migalhas, migalhas consensuais*, 6 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-consensuais/349669/a-evolucao-da-mediacao-no-ambito-das-empresas-em-dificuldade-no-brasil>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Diretiva 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência). Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>>. Acesso em 27 jan. 2022.

REINO UNIDO. *Corporate Insolvency and Governance Act 2020*. Disponível em: < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/12/contents/enacted>>. Acesso em 27 out. 2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; COSTA, Daniel Carnio. O que está salvando as empresas? O Brasil foi capaz de achatar a curva de demandas judiciais, adotando políticas públicas tecnicamente adequadas. *Jornal Valor Econômico, legislação*, 11 jan. 2022. Disponível em: < <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/o-que-esta-salvando-as-empresas.ghtml>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

SANTOS, Paulo Penalva. A maior recuperação judicial do país. *Migalhas, Migalhas de peso*, 28 set. 2020. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/333980/a-maior-recuperacao-judicial-do-pais>>. Acesso em: 7 fev. 2022.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BUMACHAR, Juliana. Como a mediação pode ajudar a recuperação de empresas em dificuldade. *Migalhas, migalhas de peso*, 20 mai. 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/345861/como-a-mediacao-pode-ajudar-a-recuperacao-de-empresas-em-dificuldade>>. Acesso em: 4 fev. 2022.

SERASA EXPERIAN. *Indicadores econômicos*. Disponível em: < <https://www.serasaexperian.com.br/conteudos/indicadores-economicos/>>. Acesso em: 3 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Ato Normativo n. 17 de 23 de junho de 2020*. Dispõe sobre a implantação de projeto de Regime Especial de Tratamento de Conflitos relativos à renegociação prévia, à recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, e à falência das empresas atingidas pelo impacto da pandemia COVID-19. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/ato-normativo-tj-n-17-2020.pdf/4ebcbb1d-3bfe-6fb0-e42c-7b4ab5f16e42?version=1.0>>. Acesso em: 8 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Regime Especial de renegociação para empresas atingidas pelo impacto da Covid-19 será implantado no Rio, *PJERJ, Notícias*, 22 de junho de 2020. Disponível em < <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7328589>> Acesso em: 5 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Mediações do eNupemec têm aprovação dos usuários. *PJERJ, Notícias*, 14 abr. 2021. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/8023073>>. Acesso em: 9 fev. 2022.

CAPÍTULO 9

OS DESAFIOS REGULATÓRIOS NO BRASIL: AVANÇOS E PERSPECTIVAS

PAULO ROBERTO VANDERLEI REBELLO FILHO

FLAVIA HARUMI RAMOS TANAKA

FABRICIA GOLTAVA VASCONCELLOS FAEDRICH

TAINÁ LEANDRO

VICENTE MARTINS PRATA BRAGA

PAULO ROBERTO VANDERLEI REBELLO FILHO

É graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Atuou como chefe de gabinete no Ministério da Saúde. Atualmente, exerce o cargo de diretor-presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

FLAVIA HARUMI RAMOS TANAKA

É especialista em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas e especialista em Regulação de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde, onde exerce o cargo de gerente de Monitoramento Assistencial.

FABRICIA GOLTAVA VASCONCELLOS FAEDRICH

É especialista em Regulação de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde, onde atua como gerente-geral de Regulação da Estrutura dos Produtos.

TAINÁ LEANDRO

É doutora em economia pela Universidade de Brasília. Atualmente, é assessora da Diretoria de Normas e Habilitação da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

**PAULO ROBERTO FILHO,
FLAVIA TANAKA,
FABRICIA FAEDRICH E
TAINÁ LEANDRO**

OPEN HEALTH NA SAÚDE SUPLEMENTAR: REGULAÇÃO PRÓ OU ANTI COMPETITIVA? RE- FLEXÕES SOBRE O MERCADO BRASILEIRO

INTRODUÇÃO

A saúde suplementar movimentada, no Brasil, mais de R\$ 220 bilhões (cerca de 3% do PIB), além de ser responsável pelo acesso a serviços de saúde médico-hospitalares para cerca de 49 milhões de pessoas, 25% da população brasileira¹. Esse setor tem papel crucial em um cenário de envelhecimento populacional, aumento da prevalência de doenças crônicas não transmissíveis, aprofundamento da restrição orçamentária no Sistema Único de Saúde (SUS) e no enfrentamento de emergências de saúde. Não por acaso, assegurar um ambiente competitivo nesse segmento vem se tornando um objetivo estratégico para órgãos de governo para além do Sistema Brasileiro da Concorrência (SBDC), como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

1 Fonte: SIB/ANS, competência dezembro de 2021

De fato, ampliar a concorrência no setor, garantindo aos beneficiários acesso a serviços de saúde de maior qualidade a um menor preço, pode ser alcançado não apenas restringindo concentrações anticompetitivas ou por meio da investigação e punição de infrações à ordem econômica. Outro importante mecanismo consiste em estabelecer uma regulação pró-competitiva, que amenize as significativas falhas de mercado no segmento de saúde suplementar, como a assimetria de informação, a seleção adversa e o risco moral.

Diante dos avanços tecnológicos, muito tem se discutido e implementado sobre o compartilhamento de informações entre instituições privadas como forma de fomentar a concorrência e oferecer ao destinatário final um serviço com mais qualidade e que melhor se adequa a suas necessidades. Alguns atores argumentam que seria vantajoso para os consumidores se fosse replicado os ecossistemas do setor de seguros e financeiro para o setor de saúde, com o compartilhamento de dados pessoais de saúde entre os diferentes agentes do mercado. Afirmam que o *Open Health* teria o condão de ampliar a competição nos diversos elos da cadeia da atenção, não apenas no mercado hospitalar e laboratorial, mas, também, no setor de saúde suplementar.

O compartilhamento de informações quanto ao histórico de saúde de determinado paciente, como resultado de exames laboratoriais prévios, cirurgias realizadas, tipos de medicamentos utilizados, tem o potencial de melhorar a gestão em saúde da população e diminuir o custo de troca tanto em relação aos pacientes quanto aos prestadores de serviços médicos. Contudo, no segmento de saúde suplementar, é no mínimo ambíguo o efeito de permitir que operadoras de planos de saúde tenham acesso a informações de utilização e diagnóstico individualizadas.

Replicar a estratégia do *Open Insurance* e do *Open Banking* relativa ao compartilhamento do histórico de utilização de serviços, não necessariamente resultará em maior competição entre os atores ou aumento de bem-estar para os beneficiários. Especialmente quando se espera que a forma de ampliar a concorrência seja possi-

bilitar que uma operadora defina o preço do plano de saúde a partir do perfil de risco do beneficiário, desestimulando, dessa forma, os cuidados preventivos em saúde, para evitar que o uso do plano resulte em aumento de mensalidade.

A possibilidade de que as operadoras tenham acesso ao histórico de saúde de determinado paciente e com isso possam fazer ofertas específicas afeta diretamente a estrutura mutualista com solidariedade intergeracional no qual o sistema de saúde suplementar brasileiro se ancora.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia federal que regula os planos de saúde, já conta com larga experiência em diversos atributos que foram inseridos no arcabouço do *Open Insurance*. A portabilidade de seguros, incluída apenas na fase 3 do projeto, por exemplo, foi regulamentada pela ANS em 2009 para o setor de planos de saúde sem a necessidade de compartilhamento de dados individuais de utilização, como foi desenhado para o setor de seguros e previdência complementar².

A portabilidade de carências na saúde suplementar é considerada como importante ferramenta de regulação pró-competitiva, uma vez que diminui o custo de mudança, conferindo aos consumidores maior mobilidade entre planos de saúde, ampliando a transparência sobre a oferta, permitindo uma maior comparabilidade das principais características dos planos de saúde. Dessa forma, a portabilidade auxilia na mitigação de falhas desse mercado, ampliando a capacidade de resposta dos beneficiários a eventuais exercícios de poder por parte das operadoras.

Para atingir esses resultados não foi necessário compartilhar informações pessoais sensíveis referentes à saúde, apenas dados cadastrais dos beneficiários interessados em realizar a portabilidade. Portanto, é importante ressaltar que muitos dos benefícios divulgados nas iniciativas do *Open Banking* e *Open Insurance*, quando traduzidos para o mercado de saúde suplementar, podem ser alcançados com outros desenhos regulatórios que garantam a segurança dos consumidores e não resultem em seleção de risco.

2 Disponível em: <https://openinsurance.susep.gov.br/>

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma breve análise sobre *Open Health* na saúde suplementar no Brasil, sob diferentes aspectos. Na seção 2, são discutidas as premissas que baseiam o *Open Insurance* e *Open Banking* e sua relação com o *Open Health*. Na seção 3, é apresentado o arcabouço legal que rege a matéria, enquanto a seção 4 aborda a relação entre o *Open Health* e o Registro Eletrônico em Saúde (RES). A seção 5 contextualiza as falhas de mercado na saúde suplementar e seu impacto na definição de políticas voltadas para o *Open Health*. Na seção 6, é apresentada uma discussão sobre a evolução da regulamentação da portabilidade de carências pela ANS e do Guia ANS de Planos de Saúde, e os atributos do *Open Health* já alcançados pela política implementada pelo órgão regulador. Por fim, nas considerações finais, argumenta-se sobre o aprimoramento das regras desta ferramenta como uma alternativa ao *Open Health*.

DIFERENÇAS NAS PREMISSAS DO OPEN INSURANCE E OPEN BANKING VERSUS OPEN HEALTH

Diante dos avanços tecnológicos e novos serviços e funcionalidades existentes a partir da *big data*, em diversos setores, tornou-se uma vantagem competitiva relevante possuir volumes substanciais de dados pessoais, aumentando o valor econômico dessas informações.³ Nesse contexto, o compartilhamento de dados entre instituições privadas pode fomentar a concorrência, ao ampliar a escolha do consumidor, reduzir os custos de troca e oferecer ao destinatário final um serviço com mais qualidade e que melhor se adeque a suas necessidades.⁴

O primeiro serviço de interoperabilidade no Brasil ocorreu com o *Open Banking*, com normas estabelecidas pelo Banco Central em 2020, permitindo que o cliente de um banco consiga transitar entre

3 PONCE, Paula Pedigone. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. RDC, v. 8, n. 1, p 138, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/521>

4 The Right to Data Portability under the LGPD: Possible Regulatory Scenarios and Relevant Antitrust Implications. BAXAULI, Nuria D.; CRISTOFARO, Giovanna. IN ATHAYDE, Amanda; MURTA, Giulia; MAIOLINO, Isabela; LIRA, Mydyã do Nascimento; ALMEIDA, Paloma Caetano. (Coord.). Mulheres no Antitruste. Volume IV. São Paulo: Singular, 2021.

instituições financeiras através do compartilhamento de seus dados. Seguindo no mesmo movimento, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) estabeleceu uma estrutura de governança para implementação do *Open Insurance* (prevista em caráter definitivo para 31/10/2022) para os consumidores de serviços de seguros e previdência complementar.

Interessante notar que, em ambos os setores, informações pessoais de grande relevância (dados de crédito, utilização de seguros, entre outros) para o projeto são produzidas pelas próprias entidades reguladas. No setor de saúde suplementar, no entanto, dados pessoais de resultados de saúde, atenção e cuidado são coletados, majoritariamente, pelos prestadores de serviços médicos, atores sob o qual o braço regulatório da ANS é bastante limitado. Além disso, trata-se de dados considerados sensíveis à luz das regras de proteção de dados instituídas pelo Governo Federal. Nesse contexto, é importante avaliar de que forma o compartilhamento de dados pessoais de saúde afeta cada um dos elos da cadeia: prestação de serviços médicos e comercialização de plano de saúde.

ARCABOUÇO LEGAL BRASILEIRO

A Constituição Federal assegura em seu artigo 6º o direito à saúde como um direito fundamental, de ordem social, tendo como escopo o bem-estar e a justiça social, prestigiando com uma seção específica dada a sua importância. O artigo 196 da Carta Magna consagra o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e agravos, além de acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, prevenção e recuperação. Em seguida, o Diploma Constitucional reconhece, em seu artigo 197, a relevância pública das ações e serviços de saúde, permitindo que sejam executadas diretamente pelo Estado ou por particulares, desde que sob o controle, fiscalização e regulamentação estatal.

Dessa forma, a despeito dos serviços de saúde serem facultados aos entes privados, essa permissão não desnatura o caráter público desses serviços, devendo, quem os executa, perseguir o atingimento do interesse público alinhado com as políticas públicas estabelecidas, e, não apenas buscar atingir seus interesses negociais.

A CRFB/88 prestigia, ainda, o direito ao sigilo, mesmo que não expressamente relacionado aos dados pessoais. Este está inserido nos direitos fundamentais em diversas passagens, tais como o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas. Tendo em vista a pertinência do tema, tramitou a Proposta de Emenda Constitucional PEC 17/2019, tendo o Congresso Nacional, no último dia 10 de fevereiro de 2022, promulgado a EC 115, que inclui expressamente no texto constitucional a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, para fixar a competência da União para legislar sobre a matéria.

Entretanto, inspirada na regulamentação europeia (Regulamento Geral de Proteção de Dados - GDPR), foi editada e aprovada em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que estabelece regras sobre a coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais administrados por organizações. A Lei determina que os brasileiros são os proprietários legais de seus dados e, por isso, podem exigir das empresas contratadas todos os seus dados e informações pessoais, inclusive para compartilhar com outras empresas concorrentes.⁵

Visando preservar a privacidade dos cidadãos, além de impedir práticas comerciais, sociais e políticas indesejáveis resultantes do uso de dados pessoais de forma obscura ou abusiva, a LGPD permite o uso e compartilhamento de dados pessoais apenas quando há o expresso consentimento do titular do dado e a comunicação da finalidade do seu uso da informação (art. 7º, inc. I, c/c art. 8º, § 4º). Com a previsão legislativa (constante do GDPR e legislações similares, como a LGPD), logo surgiram iniciativas no exterior e posteriormente no Brasil, para que as empresas atrelassem um incentivo e fi-

5 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm

zessem busca ativa a esse tipo de autorização de compartilhamento de dados junto aos seus titulares.

Nos diversos elos da cadeia de saúde, a regulamentação do uso das informações pessoais, especialmente dados sobre saúde e utilização de serviços médicos e hospitalares, apresenta um desafio adicional: respeitar os limites definidos no marco regulatório brasileiro para estratégias de seleção de risco e discriminação de preço.

Os legisladores buscaram impedir que os dados de saúde de determinado indivíduo fossem utilizados como forma de restringir o seu acesso à cobertura ou à aquisição de planos de saúde, ou como barreira em processos seletivos para empregos. Não à toa, a LGPD determinou, no seu art. 11, §§ 4º e 5º a proibição da seleção de risco no tratamento de dados pessoais relativos à saúde.

Nesse contexto, importante destacar que a LGPD está em linha com o arcabouço regulatório do setor de planos de saúde. A Lei nº 9.656, de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde limitou a possibilidade de operadoras desse setor praticarem seleção de risco⁶.

A vedação da prática de seleção de riscos pelas operadoras na contratação de qualquer tipo de plano saúde é reforçado pela ANS na Súmula Normativa nº 27, de 10 de junho de 2015. Já a Resolução Normativa - RN nº 438, de 3 de dezembro de 2018, do órgão regulador, proíbe a discriminação de preços no momento da portabilidade de carências.⁷

⁶ Art. 14, Lei 9.656/1998. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

⁷ Art. 11, RN nº 438/2018, da ANS. A operadora ou a administradora de benefícios, seja do plano de origem ou do plano de destino, não poderá realizar qualquer cobrança ao beneficiário em virtude do exercício da portabilidade de carências.

Parágrafo único. Não poderá haver discriminação de preços de planos em virtude da utilização da regra de portabilidade de carências.

Logo, observa-se que todo o arcabouço legal brasileiro, de forma certa, busca assegurar o direito do consumidor à saúde garantido pela Constituição Federal Brasileira, vedando práticas de discriminação que vão de encontro ao estado de bem-estar social (*welfare state*).

OPEN HEALTH E A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO ELETRÔNICO EM SAÚDE

Muitos dos textos que advogam pela implementação do *Open Health* discutem potenciais benefícios da iniciativa sem, no entanto, refletir sobre os efeitos do compartilhamento de informações nos diferentes elos da cadeia. Tratam de forma semelhante o compartilhamento do histórico de saúde de determinado paciente entre prestadores de saúde – cujas atividades estão voltadas para realização de diagnóstico e decisão sobre protocolos de tratamento – e o compartilhamento dessas informações entre operadoras de planos de saúde, empresas com fins lucrativos que precificam o acesso aos serviços de saúde para os consumidores.

Na primeira situação, o *Open Health* voltado para o compartilhamento do histórico de saúde de pacientes entre prestadores representa um grande avanço para a efetiva implementação do Registro Eletrônico em Saúde (RES) no país. São inúmeros os benefícios da instituição do RES, como a instituição do chamado Prontuário Eletrônico do Paciente (PEP) – um conjunto de informações sobre o estado e cuidados de saúde ao longo da vida de um paciente, armazenadas eletronicamente, de forma a permitir trocas entre profissionais de saúde. O PEP consiste em ferramenta fundamental para a eficácia dos processos de gestão em saúde e coordenação do cuidado e é considerado essencial para o acompanhamento do processo saúde-doença dos pacientes.⁸ O PEP serve, ainda, como suporte para pesquisa, ensino e gerenciamento dos serviços de saúde, e são considerados documentos legais dos atos médicos.⁹

8 Freire SM. Sigilo das informações. In: Agência Nacional de Saúde Suplementar; Ministério da Saúde, organizadores. *Regulação & saúde*. v. 3. Brasília: Ministério da Saúde; 2004. p. 337-80.

9 RIBEIRO, Wanderson Alves et al. Implementação do prontuário eletrônico do paciente:

A entrega de “valor em saúde”, isto é, a relação entre os resultados que importam para os pacientes (desfechos clínicos) e o custo para atingi-los, depende da interação entre profissionais de saúde e seus clientes.¹⁰ Nesse sentido, uma proposta de *Open Health* que vise ao compartilhamento de dados em saúde é fator indispensável para a eficiência e eficácia do cuidado. Contudo, vale frisar que o valor deve ser mensurado para o paciente, tendo este como foco central, e não o plano de saúde, o hospital, o médico ou o empregador. Eliminar o desperdício é benéfico e fundamental para a sustentabilidade dos sistemas de saúde, porém a economia de custos deve advir de reais eficiências, com ganho em resultados em saúde e qualidade de vida, e não da transferência de custos e restrições nos tratamentos (mecanismos de regulação), ou, menos ainda, da redução da qualidade da assistência.

Ainda nessa esteira, criar mecanismos que facilitem o compartilhamento de dados entre prestadores pode resultar em ganhos de eficiência advindos do aumento da concorrência no mercado de serviços de saúde. Atualmente, torna-se uma vantagem competitiva para os prestadores deter o registro de informações de diagnóstico e histórico de saúde de seus clientes. Um laboratório de diagnóstico, por exemplo, que possui o histórico de exames realizados de um determinado paciente, pode apresentar gráficos com a evolução de cada indicador, além dos resultados laboratoriais mais recentes, e com isso tende a reter clientes antigos, mesmo que o custo dos serviços sejam mais elevados para a fonte pagadora do que a concorrência.

Atualmente, não se sabe ao certo em que medida os diferentes tipos de prestadores de saúde registram os problemas clínicos dos pacientes, os diagnósticos e tratamentos realizados, mas pouco se ouve sobre registro de indicadores de resultados em saúde e desfechos clínicos. Na verdade, muitos dos sistemas de compartilhamento de dados instituídos na atualidade estão voltados para permitir de

um estudo bibliográfico das vantagens e desvantagens para o serviço de saúde. *Revista Pró-UniverSUS*, v. 9, n. 1, p. 07-11, 2018.

10 PORTER, Michael E.; TEISBERG, Elizabeth Olmsted. *Repensando a saúde: estratégias para melhorar a qualidade e reduzir os custos*. Bookman Editora, 2007.

forma mais eficiente a realização do pagamento das redes de prestadores de saúde, seja no SUS, seja no sistema de saúde suplementar, como a Troca de Informações na Saúde Suplementar – TISS.¹¹

É incontestável, portanto, que o aprofundamento da informatização e integração dos sistemas de informação na saúde têm o potencial de produzir um salto de qualidade no gerenciamento do sistema como um todo e na atenção à saúde prestada à população. É desejável que os prestadores de saúde tenham acesso ao histórico dos pacientes. Mas para isso é necessário que a regulamentação pelo Ministério da Saúde do Prontuário Eletrônico do Paciente torne obrigatória a padronização do registro de serviços realizados, para promover a integração entre os sistemas público e privado e a melhoria da saúde da população.

Por outro lado, o compartilhamento desses dados entre operadoras de planos de saúde requer uma análise específica. O uso indevido dos dados por partes que possuem interesses particulares, como as operadoras, empresas com fins lucrativos, pode gerar prejuízos, e não benefícios, à principal parte interessada: o paciente, usuário do sistema. Por isso, o sigilo e privacidade de informações armazenadas nos registros é uma preocupação recorrente de gestores, profissionais e usuários de saúde, que destacam a necessidade de consolidação da regulamentação sobre o assunto¹².

Uma proposta de *Open Health* que permita a venda de planos customizados – o que é vedado pela legislação vigente – e precificados com base no histórico de saúde e utilização de serviços de cada paciente desconsidera a equação de entrega de valor em saúde, que se baseia no cuidado durante todo o ciclo de vida do paciente, com foco na atenção primária e na prevenção, o que, por sua vez, reduz a necessidade de utilização de serviços mais dispendiosos de alta complexidade. Precificar com base na baixa utilização estimula exatamente o contrário: que os usuários, para evitar o aumento da mensalidade

11 O TISS é um padrão obrigatório para as trocas eletrônicas de dados de utilização de serviços médicos dos beneficiários de planos, entre os agentes da Saúde Suplementar.

12 COSTA, Jose Felipe Riani; PORTELA, Margareth Crisóstomo. Percepções de gestores, profissionais e usuários acerca do registro eletrônico de saúde e de aspectos facilitadores e barreiras para a sua implementação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 34, 2018.

de do seu plano de saúde, passem a realizar menos procedimentos preventivos e busquem atendimento apenas quando estiverem em situações de maior gravidade. A exemplo do que ocorre no mercado de seguro de automóveis, que quanto menor a utilização, mais desconto é concedido na apólice nos anos seguintes.

Na visão do Professor Henrique Freire de Souza¹³, a possibilidade de acesso de dados em saúde pelas operadoras pode gerar uma “concorrência autofágica” que ameaçaria a sustentabilidade do setor de saúde suplementar a médio e longo prazo. Segundo o autor, precificar de acordo com dados em saúde gera um ciclo vicioso em que os beneficiários inicialmente ‘mais saudáveis’, com o passar do tempo e avanço da idade, tenderão a ser de maior custo. Como os reajustes desses beneficiários provavelmente estarão controlados, ou, de alguma forma, acompanhados pela ANS, a tendência será que as operadoras verão a sua sinistralidade aumentar e, necessitando de equilíbrio, tenderão buscar mecanismos de regulação para limitar a cobertura (com atraso em autorizações, restrição de rede) e aumentar o preço dos novos entrantes, para compensar o risco dos usuários mais antigos de sua carteira. No entanto, terão dificuldade de vender esses produtos mais caros, pois as empresas iniciantes no mercado apresentarão preços mais baixos, atraindo os beneficiários jovens e saudáveis, a partir da lógica da precificação por histórico de utilização. Desse modo, o que seria uma concorrência vantajosa gera um sistema insustentável a longo prazo.

Além disso, a precificação com base no perfil de utilização dos serviços de saúde despreza toda a lógica do mutualismo em que se fundamenta o sistema de saúde suplementar, como veremos na seção seguinte.

¹³ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/358670/open-health--uma-ideia-que-nao-se-sustenta>

OPEN HEALTH NA SAÚDE SUPLEMENTAR, EM UM CONTEXTO DE FALHAS DE MERCADO

Uma das principais preocupações associadas ao compartilhamento do histórico de utilização de serviços médicos é a ameaça ao sistema de divisão de riscos na saúde suplementar brasileira, conhecido como mutualismo com solidariedade intergeracional. Por “mutualismo” entende-se que, dentro de cada faixa etária, o prêmio é igual para todos os membros daquele plano e é determinado pelo risco médio daquele grupo. Ou seja, os indivíduos mais saudáveis (de menor risco) subsidiam aqueles menos saudáveis (de maior risco), dentro da mesma faixa etária.¹⁴ E por “solidariedade intergeracional”, entende-se que os beneficiários das faixas etárias mais jovens (de menor risco) subsidiam os indivíduos mais idosos (de maior risco)¹⁵.

Isso significa que nos planos de saúde todos os custos de consultas, cirurgias, internações e demais atendimentos são repartidos entre os seus beneficiários, o que possibilita a diluição das despesas, tornando-as viáveis para o consumidor. Essa é uma característica fundamental do modelo de negócio adotado pelas empresas que comercializam planos de saúde. Desse modo, a possibilidade de que as operadoras tenham acesso aos dados de saúde dos pacientes e com isso possam fazer ofertas específicas de acordo com o perfil de risco dos usuários é uma ameaça direta à estrutura no qual o sistema de saúde suplementar brasileiro se ancora.

Além disso, parte das vantagens competitivas comumente associadas ao *Open Banking* e *Open Insurance* estão associadas a ampliar a possibilidade de permitir às entidades financeiras e às seguradoras utilizar, em maior grau, a seleção de risco de crédito e a conduta conhecida como *cream-skimming*, em que empregam estratégias para selecionar “o bom risco”. Ao compartilhar infor-

14 Disponível em:

<https://cnseg.org.br/data/files/7E/05/EF/E9/5DC4B61069CEB5A63A8AA8A8/Livreto%20Mutualismo.pdf>

15 Disponível em: <https://doi.org/10.20947/S102-3098a0062>

maçõs sobre a utilização de uma apólice de seguro com uma empresa concorrente, o consumidor compartilha o seu perfil de risco e poderá ter acesso a melhores ofertas do que em um cenário sem o *Open Insurance*, caso seja percebido como um cliente de baixo risco.

No setor de saúde suplementar, que se baseia no mutualismo, como explicado, e marcado por falhas de mercado como assimetria de informação, seleção adversa e risco moral,¹⁶¹⁷ tais estratégias representariam resultados regulatórios indesejáveis, podendo gerar danos para determinados segmentos populacionais, como os idosos e doentes crônicos.

Se, por um lado, uma proposta de *Open Health* que caminhe nesse sentido promova ganhos econômicos às operadoras, permitindo que componham uma carteira rentável, por outro, a demanda de serviços de alta complexidade no Sistema Único de Saúde (SUS) aumentará. Os segmentos populacionais excluídos do sistema suplementar para receber esse atendimento terão que se voltar para o SUS, que conta com sérias restrições orçamentárias. Em 2020, o SUS recebeu um orçamento em torno de R\$ 190 bilhões¹⁸ para garantir assistência à saúde a todos os brasileiros, enquanto o mercado de saúde suplementar obteve uma receita 17,5% maior, de R\$ R\$ 223,4 bilhões, limitando sua assistência a 25% da população¹⁹.

Caso a regulamentação do *Open Health* desconsidere a necessidade de atenuar a seleção de risco, o resultado será uma concorrência entre as operadoras menos efetiva para atingir o bem-estar social, com efeitos limitados quanto à garantia da oferta e a melhoria da qualidade dos serviços de saúde²⁰

16 GAYNOR, M., Is vertical integration anticompetitive? Definitely maybe (but that's not final). [Editorial]. *Journal of Health Economics* 25 (2006) 175-180. 2006.

17 ARROW, K.J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *American Economic Review*, December, 53: 941-973. 1963.

18 Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2020>

19 Fontes: DIOPS/ANS/MS - 29/11/2021

20 GAYNOR, M., VOGT, W. B., Antitrust and Competition in Health Care Markets. in *Handbook of Health Economics*. Anthony J. Curlyer and Joseph P. Newhouse, Editors, Amsterdam: North-Holland. pp. 1405-1487 (Capítulo 27) 2000

Conforme já apontado na seção 2, o arcabouço regulatório brasileiro foi claro em proibir a seleção de risco e impedir a possibilidade de discriminação de preço e limitação a acesso. A LGPD, por sua vez, foi clara na intenção de proteger os cidadãos ao vedar às operadoras o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação e exclusão de beneficiários. Assim, cabe aos órgãos com competência regulatória sobre os agentes do setor o papel de implementar uma política de compartilhamento de dados pessoais de saúde que amplie os benefícios para os consumidores e fomente a concorrência entre as operadoras, mas que, ao mesmo tempo, diminua a possibilidade de seleção de risco e garanta a melhoria da saúde da população e a sustentabilidade do sistema de saúde brasileiro.

O desenho dessa política deve buscar, necessariamente, aprofundar a possibilidade de compartilhamento de informações entre prestadores de serviços de saúde, com a criação de ecossistemas abertos e o desenvolvimento de plataformas de troca. E, ao mesmo tempo, impedir que tais dados sejam recebidos por operadoras de planos de saúde, as quais poderiam utilizá-los como forma de possibilitar a seleção de riscos e a discriminação de preços.

Como será discutido na seção seguinte, para atingir muitos dos benefícios associados ao *Open Health* na saúde suplementar, não é necessário um desenho regulatório que permita a seleção de risco, tal como foi realizado no mercado de seguros e bancário. O compartilhamento entre agentes de dados cadastrais dos beneficiários, de microdados sem a identificação do portador e dos dados de envio obrigatório pelas operadoras à ANS sobre os produtos por elas ofertados, vem se mostrando suficiente.

OPEN HEALTH E A PORTABILIDADE DE CARÊNCIAS NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Nos últimos 10 a 15 anos, a ANS apresentou grandes avanços em temas que começaram a ser delineados nas iniciativas do *Open Insurance* e *Open Banking* pela SUSEP e pelo BCB mais recentemente. No mercado de saúde suplementar, muitos dos benefícios divulgados nessas iniciativas não demandam dados de utilização individualizados e foram desenhados via utilização de dados cadastrais, e análises de microdados não identificados, já disponibilizados no portal de Dados Abertos da ANS.

A portabilidade, incluída apenas na fase 3 do projeto de *Open Insurance* pela SUSEP, foi regulamentada para o setor de planos de saúde pela ANS em 2009. A regra passou a permitir que o consumidor que já tivesse cumprido as carências previstas em Lei pudesse mudar de plano sem o ônus de cumprir novas carências no novo plano.

A portabilidade de carências é considerada como regulação pró-competitiva, uma vez que diminui o 'custo de mudança', conferindo aos consumidores maior mobilidade entre planos de saúde, ampliando a transparência sobre a oferta. Com isso, torna-se possível mitigar falhas do mercado de saúde suplementar, ampliando a capacidade de resposta dos beneficiários a eventuais exercícios de poder de mercado por parte da operadora. Para atingir esses benefícios, no entanto, não foi necessário compartilhar informações pessoais sensíveis referentes à saúde, apenas dados cadastrais dos beneficiários interessados em realizar a portabilidade.²¹

Beneficiários de qualquer tipo de plano de saúde, cumprindo determinados requisitos impostos pela regulação, tais como: prazo mínimo de permanência, compatibilidade de preço entre os planos, adimplência, dentre outros, podem solicitar a qualquer tem-

21 TANAKA, F.; FAEDRICH, F.; LEANDRO, T., *Regulação Pró-Competitiva: os efeitos da portabilidade de carências no mercado de saúde suplementar brasileiro durante a pandemia de Covid-19*. In *Mulheres no Antitruste*, Vol. IV. São Paulo: Singular, 2021. pp 335-361.

po portabilidade para outro plano de saúde. Tais requisitos foram desenhados após criteriosa análise de impacto regulatório visando mitigar possíveis efeitos indesejáveis decorrentes das falhas de mercado desse setor.

Em relação ao primeiro requisito, o prazo mínimo de permanência no plano de origem por 2 (dois) anos, confere tempo suficiente para que o beneficiário tenha acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo plano após cumprir os períodos de carência previstos em Lei (de, no máximo, 300 dias) antes de realizar a troca para outro plano de saúde. Assim, o beneficiário, ao realizar a portabilidade, não apresentaria uma demanda reprimida em termos de cuidados em saúde que viesse a onerar o plano de destino de forma desproporcional.

Já a exigência de compatibilidade por faixa de preço se apresenta como uma salvaguarda para a sustentabilidade e o equilíbrio do setor, pois evita que o beneficiário contrate, em um primeiro momento, um plano de saúde mais barato, de qualidade 'inferior' e mude para um plano superior, por meio da portabilidade, sem cumprimento de carências, apenas quando apresentar necessidade de utilização. Esse requisito busca afastar o risco moral e eventual comportamento oportunista do consumidor na hora de contratar um plano de saúde.

Para viabilizar a portabilidade de carências, a agência reguladora desenvolveu o Guia ANS de Planos de Saúde²², que tem como objetivo fornecer ao consumidor uma ferramenta que amplie sua capacidade de escolha diante da diversificada oferta de planos de saúde comercializados no país, de forma gratuita, fornecendo dados de toda a base de planos de saúde em comercialização no país atualizados diariamente, com a isenção de uma instituição pública e sem interesse comercial.

O Guia de Planos possui uma interface direta com os demais sistemas de informação da ANS no que diz respeito a dados dos beneficiários, dos planos e das operadoras. Com isso, o usuário pre-

22 Disponível em: <https://www.ans.gov.br/gpw-beneficiario/>

cisa somente informar seu CPF e data de nascimento para ter acesso às informações do seu plano de saúde, facilitando a sua consulta à ferramenta. A consulta apresenta, ainda, informações específicas de sua relação contratual com a operadora, como a data de início de vigência do contrato e local de contratação. Importante destacar que os dados utilizados na ferramenta são de envio obrigatório pelas próprias operadoras de planos de saúde à ANS, periodicamente.

A ferramenta, além de apresentar toda a oferta de planos de saúde de determinada região, permite identificar a composição da rede hospitalar de cada plano, um dos principais elementos para a tomada de decisão para os consumidores na hora da contratação. Como se sabe, a variedade e a qualidade da rede, além da localização dos prestadores, representam um diferencial competitivo indispensável para as atividades de operadoras do setor. Além disso, apresenta em um único lugar outras características relevantes do produto, como tipo de cobertura, abrangência geográfica e área de cobertura, tipo de acomodação, preços dos planos por faixa etária e se há ou não coparticipação ou franquia. A transparência de informações que o Guia ANS promove traz um importante ganho ao setor. Aumenta o acesso dos consumidores para além da atuação dos corretores de planos de saúde, administradoras de benefícios ou das próprias operadoras, antes que invariavelmente ofertam os produtos de seu maior interesse comercial e permite a comparabilidade entre planos de diferentes operadoras, estimulando a concorrência no setor.

O Guia ANS possui inteligência de dados, com aplicação das regras de portabilidade de carências na própria ferramenta. Assim, simplifica o exercício do direito, desburocratizando o processo, e confere maior segurança jurídica e legitimidade ao ato da portabilidade, processado por sistema do próprio órgão regulador. Importante esclarecer que a ANS auxilia o consumidor fornecendo informações, mas não participa diretamente de eventual aquisição ou troca de planos de saúde. A efetivação da transação em si ainda depende de contato direto com as operadoras envolvidas pelo próprio consumidor.

Um exemplo da importância da portabilidade se deu no contexto de emergência sanitária e de aumento de desemprego, provocados pela pandemia de covid-19. Apesar da crise econômica associada à crise sanitária, houve um crescimento de cerca de 1,6 milhões no número de beneficiários de planos de saúde²³ do início da pandemia até dezembro de 2021. No acompanhamento da utilização do Guia de Planos de Saúde da ANS, foram mais de 596 mil emissões de protocolos para fins de portabilidade de carências, com significativo crescimento no número de emissões no ano de 2021, em comparação ao ano anterior.²⁴

A portabilidade de carências, apesar de representar grande avanço para o mercado, pode contar com aperfeiçoamentos a serem incluídos dentro do escopo do Open Health na Saúde Suplementar. Alguns exemplos de melhorias são a possibilidade de se realizar a pesquisa também por rede hospitalar, a integração com informações sobre qualificação de operadoras e prestadores, indicadores de atenção à saúde, integração com dados de reclamações por operadora ou ainda a disponibilização da média de reajuste de cada operadora nos últimos 12 meses.

CONCLUSÃO

A saúde suplementar é marcada por diferentes tipos de falhas de mercado, como a assimetria de informação entre os atores, seleção adversa e risco moral. Por isso, estabelecer uma regulação pró-competitiva, que amenize essas significativas falhas de mercado, é fundamental para que a competição entre operadoras se traduza em ganho de bem-estar aos beneficiários da saúde suplementar.

Todavia, conforme demonstrado no presente artigo, um cenário hipotético em que as operadoras possam comercializar planos de saúde mais baratos para pessoas que tenham menor risco, por

23 Fonte: SIB/ANS, competência dezembro de 2021.

24 Informações de acordo com os dados divulgados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, no monitoramento que vem sendo realizado pelo órgão desde o início da pandemia - o Boletim Covid-19 da ANS e a Nota Técnica nº 1/2022/DIDES-DIFIS-DIOPE-DIPRO. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/coronavirus-covid-19/notas-tecnicas_covid-19/sei_ans-23155885-nota-tecnica.pdf

consequência, resultará em planos de saúde mais caros para determinados grupos etários – como crianças e idosos – ou ainda para grupos de indivíduos com doenças crônicas, possibilitando a exclusão desses do mercado de saúde suplementar e a sobrecarga do SUS. Não à toa, a legislação e a regulação do setor estabelecem limites para estratégias de seleção de risco e discriminação de preço, além de proibir as seguradoras de negarem planos de saúde com base na idade ou condições pré-existentes.

Apesar de ser desejável que hospitais, laboratórios de diagnóstico e clínicas médicas tenham acesso ao histórico de saúde dos pacientes – o chamado Prontuário Eletrônico do Paciente (PEP), que vem sendo discutido há décadas pelo governo e deverá ser regulamentado pelo Ministério da Saúde – entende-se que não há benefícios claros para os consumidores se as operadoras de planos de saúde puderem acessar tais informações pessoais.

Diante do exposto, conclui-se que uma proposta de Open Health que tenha como fundamentação precificar os planos de saúde de acordo com o perfil de utilização dos consumidores vai contra os preceitos que regem o setor e garantem sua viabilidade. Além disso, a implementação deste instituto pela via legislativa, prescinde de uma Análise de Impacto Regulatório, instrumento exigido para toda e qualquer atuação normativa dos órgãos reguladores, expressamente previsto na Lei nº 13.848/2019.

O aprimoramento das regras de Portabilidade de Carências pode oferecer um *Open Health* que efetivamente fomente, ainda mais, a concorrência no setor, zelando pelo bem-estar social, desde que instruído de robusta análise de impacto sobre o mercado de saúde suplementar, sem a necessidade do compartilhamento de dados de saúde com as operadoras de planos de saúde.

O bem-estar social e a sustentabilidade do setor devem ser as premissas por trás de qualquer proposta de implementação de *Open Health* no Brasil. Quem sabe, num futuro próximo, a portabilidade poderá ser exercida diretamente pelo Guia de Planos da ANS.



VICENTE MARTINS PRATA BRAGA

É doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Foi presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Ceará e diretor de Assuntos Legislativos na Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, a qual preside atualmente. Também atua como procurador do Estado do Ceará.

VICENTE MARTINS

HORA DE ENFRENTAR OS DESAFIOS REGULATÓRIOS EM PROL DO CRESCIMENTO ECONÔMICO

RESUMO

Trata-se de artigo produzido em razão da apresentação no IX Fórum Jurídico de Lisboa sobre a temática do enfrentamento dos problemas regulatórios brasileiros como forma de favorecer o crescimento econômico nacional, o que é urgente e necessário para a redução das desigualdades sociais agravadas com a pandemia da Covid-19.

PALAVRAS-CHAVE

Brasil. Direito Regulatório. Agências Reguladoras. Covid-19.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar e analisar o panorama regulatório brasileiro através dos desafios existentes, como forma de se chegar ao crescimento econômico profundo e sustentável e capaz de atingir as gerações futuras.

Para tanto, apresenta-se o atual panorama regulatório brasileiro, trazendo recentes modificações legais pertinentes na matéria, discorrendo sobre as agências reguladoras nacionais e sua atuação no país, bem como indicando a necessidade de estímulos aos investimentos na economia, o que se torna essencial no contexto atual após a pandemia da covid-19.

Feita essa introdução, segue-se a argumentação em prol do enfrentamento dos problemas regulatórios como um dos meios de contribuição da Administração Pública para o crescimento da economia.

1. O ATUAL PANORAMA REGULATÓRIO BRASILEIRO

O Brasil possui um ambiente regulatório que é formado por milhões de normas, o que ocorre em razão da existência de regramentos em todos os níveis da federação. Assim, dos municípios até a União existem normas regulatórias que, ao todo, formam um acervo de 5,8 milhões de regras.

Esse valor é obtido com base em um levantamento realizado pela revista jurídica JOTA, segundo a qual, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil já criou 166 mil normas a nível da União, 1,6 milhão a nível estadual e mais 4 milhões para os municípios¹.

Nesse contexto, recentemente, foram realizadas importantes mudanças na matéria, das quais destacam-se o novo regramento geral das agências reguladoras, a Lei de Liberdade Econômica e a nova Lei de Introdução ao Direito Administrativo.

¹ OYAMA, Érico. Importância da análise de impacto regulatório e desafios de implementação. Jota, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/casa-jota/analise-de-impacto-regulatorio-desafios-24072020>.

Discorrendo sobre elas a fim de que se possa entender um pouco do ambiente em que os investidores precisam estar atentos para buscar a consolidação de seus empreendimentos, tem-se, por primeiro, a Lei Federal nº. 13.848/19, lei responsável por apresentar o **novo regramento geral das agências reguladoras**.

A referida lei trata de gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, considerando e apresentando, de forma unificada, como agências reguladoras as seguintes:

Agência Nacional de **Energia Elétrica** (Aneel); Agência Nacional do **Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis** (ANP); Agência Nacional de **Telecomunicações** (Anatel); Agência Nacional de **Vigilância Sanitária** (Anvisa); Agência Nacional de **Saúde Suplementar** (ANS); Agência Nacional de **Águas** (ANA); Agência Nacional de **Transportes Aquaviários** (Antaq); Agência Nacional de **Transportes Terrestres** (ANTT); Agência Nacional do **Cinema** (Ancine); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de **Mineração** (ANM).

Aplicando-se, ainda, todo o regramento dessa nova lei às autarquias especiais caracterizadas como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência.

O empreendedor, ao iniciar um novo projeto, deve buscar as regras que regulam o funcionamento de seu setor a fim de cumprir com todas as diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro.

Isso sem esquecer das demais especificidades encontradas nos estados e municípios.

Afirma-se que a sociedade, os agentes públicos e os investidores privados buscam a segurança jurídica e a governança das instituições, sendo necessário também o aprimoramento das normas jurídicas das agências reguladoras².

2 FAJARDO, Gabriel; FORTINI, Cristiana. "A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais." *Revista Consultor Jurídico*, 27 de junho de 2019, 9h00.

De fato, é sobre isso que se discute a necessidade de que ocorra o enfrentamento dos desafios regulatórios na busca do crescimento econômico, sendo a diversidade de regras o ponto nevrálgico desse aprimoramento tão necessário ao avanço da economia brasileira e, assim, da necessária e conseqüente melhora na vida dos brasileiros.

Avançando, tem-se, por segundo, a **Lei de Liberdade Econômica**, Lei N.º. 13.874/19, a qual institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, bem como dispendo sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

A festejada norma traz regras a serem aplicadas na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre o exercício das profissões, o comércio, as juntas comerciais, os registros públicos, o trânsito, o transporte e a proteção ao meio ambiente.

Ademais, tal lei determina que todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas devem ser interpretadas em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade.

Aliás, a liberdade econômica baseia-se nos seguintes princípios: a liberdade é uma garantia no exercício de atividades econômicas, havendo a boa-fé do particular perante o poder público, com o Estado intervindo de forma subsidiária e excepcional no exercício de atividades econômicas, sendo ainda reconhecida a vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Em matéria de direito civil, como adendo, fala-se da inaplicabilidade da Lei da Liberdade Econômica às relações de consumo, uma vez que já há no ordenamento pátrio um microssistema de proteção do consumidor, sendo a nova lei, ora comentada de forma em passant, aplicada nos contratos empresariais e civis paritários, os quais têm natureza divergente da desigualdade inerente às relações de consumo³.

3 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. "Lei da Liberdade Econômica é bem vinda, mas não aplicável às relações de consumo". Revista Consultor Jurídico, 30 de dezembro de 2019, 12h21.

Com certeza, as relações de consumo são marcadas pela desigualdade de armas existentes entre as partes, enquanto as relações civis e empresariais destacam-se pela igualdade. No entanto, nesse ponto, há uma notória e compreensível desigualdade existente entre as empresas e o Estado.

Compreensível essa desigualdade, posto que necessária para a consecução dos fins do Estado brasileiro, decorrente daquele primevo contrato social realizado. Essa situação, porém, não pode ser empecilho para o empreendedorismo tão salutar ao desenvolvimento econômico brasileiro. Eis, mais uma vez, o porquê do necessário enfrentamento dos desafios regulatórios nacionais.

Dando seguimento, por terceiro, tem-se a **nova Lei de Introdução ao Direito Administrativo**, Lei nº. 13.655/18, a qual refere-se, na verdade, à inclusão de regras de direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a LINDB, o Decreto-Lei nº. 4.657/42.

As referidas normas, inclusas do art. 20 ao art. 30 da LINDB, dis-correm sobre:

- as regras para a tomada de decisão no âmbito administrativo, devendo-se sempre aquilatar as consequências jurídicas e administrativas das decisões tomadas;
- a interpretação de normas relativas à gestão pública;
- bem como sobre a necessidade de que as autoridades públicas atuem para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, as quais terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Ora, são normas necessárias para a efetivação da segurança jurídica nas relações sociais, as quais sentem as consequências da forma de agir e de decidir da Administração Pública.

Aliás, deve-se ter em mente que há ainda o Decreto nº. 9.830/19, o qual regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 da LINDB.

Do referido regulamento, é interessante destacar a corrente preocupação do Poder Público com a interpretação de normas sobre gestão pública, a qual deve ponderar os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Em palestra realizada no V Encontro Nacional da Rede de Controle da Gestão Pública, Edição Bahia, ocorrido em setembro de 2019, a Auditora de Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado da Bahia - TCE/BA, a Sra. Morgana Bellazzi, apresentou um apanhado histórico do cenário que inspirou a criação da Lei nº. 13.655/18.

Esse cenário é marcado, portanto, por diversas queixas à Administração Pública, as quais têm como natureza a alegada contaminação das decisões públicas por meio de concepções políticas e opiniões pessoais dos administradores; bem como o abuso perpetrado pelos órgãos de controle nos limites de suas competências, dentre outras⁴.

Dentre as queixas identificadas, fala-se na incapacidade do Estado gerar confiança nas pessoas, sejam naturais ou jurídicas; bem como na alegada surpresa gerada pelo Fisco ao criar regulamentos tributários sem a oportuna discussão com os contribuintes⁵.

Com efeito, existem queixas da sociedade em relação à atuação pública, o que exige uma constante busca do aperfeiçoamen-

4 ENCONTRO NACIONAL DA REDE DE CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA, V, 2019, Salvador/BA. CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. AS ALTERAÇÕES DA LINDB E O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/6F/01/CB/32/9C0BD610BC4E04D6E18818A8/2%20pela%20manha%20Morgana%20-%20palestra%20lindb%2020.09.19%20REDE.pdf>>.

5 Ibid.

to dos ditames jurídicos que disciplinam as relações existentes. Por isso, sobressai-se a importância das mencionadas mudanças realizadas no ordenamento jurídico, o qual deve ter como fim a busca da melhoria de vida dos brasileiros, bem como de todos os que passam, de forma permanente ou não, pelo Brasil.

É, portanto, nesse contexto que os investidores, sejam nacionais ou estrangeiros, precisam trabalhar e empreender no Brasil, buscando dar início a seus projetos em consonância com todo o arcabouço regulamentar que envolve todos os níveis da federação brasileira.

2. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUA ATUAÇÃO NO BRASIL

Feita a apresentação do panorama regulatório brasileiro, questiona-se: o que é uma agência reguladora? Trata-se de um autarquia pública⁶, espécie de pessoa jurídica de direito público interno, com natureza especial que caracteriza-se pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos.

Em tempo, as agências reguladoras federais são alvo do controle externo realizado pelo Congresso Nacional, o qual conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União nessa missão.

Interessante que a agência reguladora deve ter uma **agenda regulatória** a qual trata-se de instrumento de planejamento da atividade normativa que conterà o conjunto dos temas prioritários a serem regulamentados pela agência.

Essa agenda serve de norte ao empreendedor que busca ter uma visão futura do que deve ser implementado em seu âmbito de atuação, desde que, de fato, essa agenda seja utilizada na atuação e no planejamento da agência reguladora.

⁶ Código Civil: Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Como apresentado alhures, o Brasil possui regulamento em todas as esferas de sua federação, sendo possível que haja articulação entre as agências reguladoras ou órgãos de regulação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a critério das agências reguladoras federais e mediante acordo de cooperação, a descentralização de atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais do nível federal.

Destaque-se que as agências reguladoras possuem leis que as regulamentam, sendo a nova lei das agências reguladoras a responsável por padronizar e fixar procedimentos a serem adotadas por todas.

Nesse contexto, por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é agência reguladora, ou seja, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal, e que tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Seu regramento está disciplinado na Lei nº. 9.427/1996 e no Decreto nº. 2.335/1997.

Para melhor caracterização, cite-se também a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), agência reguladora federal, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Seu regramento encontra-se, por seu turno, na Lei nº. 9.478/97.

Dessa forma, cada investidor deve, dentro de seu ramo de atuação, buscar a agência reguladora responsável por disciplinar aquela matéria, submetendo-se, assim, a seu regramento.

No entanto, tem-se que uma legislação tão esparsa dificulta sua real e efetiva aplicação. Faz-se necessário, portanto, um aparato regulatório eficaz, claro e forte. O investidor, quando decide ingressar em alguma atividade econômica nacional, precisa ter a segurança de que as regras do jogo serão as mesmas durante todos os anos de operação.

Foi nesse contexto que, em novembro de 2021, ocorreu o IX Fórum Jurídico de Lisboa, o qual tratou, dentre diversos assuntos, sobre a necessidade do aprimoramento do modelo de regulação brasileiro.

Naquele encontro, especialistas, advogados e representantes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) e da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) falaram sobre o tamanho desse desafio, os avanços conquistados até agora e os caminhos para o aperfeiçoamento dos mecanismos de gestão pública, de fortalecimento das agências reguladoras e da capacidade de resposta às novas demandas que surgem a cada dia na sociedade.

Além da multiplicidade de regulamentos em diversos níveis e através de vários meios, o ambiente de negócios é atravancado pelo excesso de judicialização. Tem-se a informação de que os tribunais superiores nacionais decidiram, em mais de 80% dos processos que tramitam na justiça brasileira, a favor das agências reguladoras.

Em complemento, verifica-se que, com frequência, os julgadores apresentam receio em enfrentar o mérito das matérias por causa do caráter técnico que as envolve. Assim, essa insegurança faz com que o cenário de negócio seja ainda mais instável, o que acaba produzindo liminares e decisões aptas a serem revistas a qualquer momento.

Dessa forma, as autarquias precisam ser respeitadas em sua autonomia, posto que, em matéria unicamente de caráter técnico, elas devem decidir sem sofrer com a intromissão do Poder Judiciário, desde que, porém, não haja ilegalidades e abusos, os quais são capazes de atrair de pronto a análise judicial.

3. A PANDEMIA DA COVID-19 E A NECESSIDADE DE ESTIMULAR OS INVESTIMENTOS NA ECONOMIA

O mundo e o Brasil, portanto, passaram por dois anos caóticos em que a pandemia da covid-19 ceifou diversas vidas, momento em que a atenção da humanidade era apenas na sobrevivência.

Agora, porém, que o pior da referida pandemia passou, é necessário que o Brasil mire no futuro e concentre-se na busca da recuperação econômica, voltando a ser próspero para toda a sociedade e reduzindo o abismo da desigualdade social. Esse abismo, aliás, cresceu drasticamente com a pandemia da covid-19.

Conforme o relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas, em 2021, o qual intitula-se de “COVID-19 e desenvolvimento sustentável: avaliando a crise de olho na recuperação”, o qual foi publicado, especificamente, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em parceria com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e a Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), essa pandemia foi responsável pela pior crise sistêmica ocorrida no mundo desde que as Nações Unidas foram criadas⁷.

Segundo o mesmo relatório, para a recuperação socioeconômica do Brasil, deve-se realizar uma atuação que tenha como pilares a governança⁸; a proteção social⁹; a reimaginação do futuro para cada criança e adolescente; a disrupção digital e a inserção do Brasil em uma nova rota de desenvolvimento¹⁰; e, por fim, a economia verde¹¹.

7 COVID-19 e desenvolvimento sustentável [livro eletrônico] : avaliando a crise de olho na recuperação : sumário executivo. 1. ed. Brasília, DF : Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) : Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) : Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura (UNESCO) : Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), 2021. Disponível em: < https://www.br.undp.org/.../covid.../Relatório%20COVID-19%20e%20DESENVOLVIMENTO%20SUSTENTÁVEL_sumário.pdf>.

8 “Maximizar a relação entre os entes federativos; fortalecer a cooperação entre os três poderes; fomentar a cooperação entre o setor público e o setor privado; e promover resultados humanitários envolvendo a sociedade civil.” Ibid., p. 19.

9 “Proteção social na infância, vida adulta e velhice”. Ibid., p. 21.

10 “Universalizar o acesso à internet e diminuir o abismo tecnológico.” Ibid., p. 24.

11 “Transição para uma estrutura produtiva e geração de empregos ambientalmente sustentáveis”. Ibid., p. 26.

Dentre os pilares apresentados, o enfrentamento dos desafios regulatórios trabalhados no presente texto entra no pilar da governança, em que a busca de um ambiente harmônico e seguro de regras para os diversos setores da atividade econômica contribui para a realização do crescimento econômico nacional e a consequente redução das desigualdades sociais.

Nesse cenário, faz-se necessário, portanto, que sejam estimulados os investimentos nacionais e internacionais na economia brasileira, o que pode ser feito através de diversos meios, dos quais destacam-se, no presente trabalho, as melhorias no aparato regulatório nacional.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que é dever de todos os poderes brasileiros – Executivo, Legislativo e Judiciário – a busca da melhoria do aparato regulatório nacional a fim de que os investidores tenham interesse em investir no país e, assim, produzir riquezas, gerando empregos e renda, fazendo a economia crescer e tendo, como consequência salutar, a diminuição das desigualdades sociais.

Dessa forma, os desafios regulatórios apresentados precisam ser superados para se alcançar esse objetivo, o qual sofreu com a pandemia da covid-19 ao agravar a situação de vida das pessoas mais vulneráveis.

Com isso, o Brasil precisa ainda mais de um marco regulatório eficaz, para o qual as agências regulatórias têm papel fundamental. Nesse contexto, essas agências precisam ter independência em sua atuação de forma a produzir um cenário que traga confiança ao investidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Congresso Nacional. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427compilada.htm>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997. Agência Nacional do Petróleo - ANP. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm?origin=instituicao>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018. nova Lei de Introdução ao Direito Administrativo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=L13655&text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico.>>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº 13.848, DE 25 DE JUNHO DE 2019. Novo Regramento Geral das Agências Reguladoras. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13848.htm>.

_____. Congresso Nacional. LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019. Lei de Liberdade Econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>.

_____. Presidência da República. DECRETO Nº 9.830, DE 10 DE JUNHO DE 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

COVID-19 e desenvolvimento sustentável [livro eletrônico] : avaliando a crise de olho na recuperação : sumário executivo. 1. ed. Brasília, DF : Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD): Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF): Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura (UNESCO): Organização Pan-americana da Saúde (OPAS), 2021. Disponível em: <https://www.br.undp.org/.../covid.../Relatório%20COVID-19%20e%20DESENVOLVIMENTO%20SUSTENTÁVEL_sumário.pdf>.

ENCONTRO NACIONAL DA REDE DE CONTROLE DA GESTÃO PÚBLICA, V, 2019, Salvador/BA. CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. AS ALTERAÇÕES DA LINDB E O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/6F/01/CB/32/9C0BD610BC4E04D6E18818A8/2%20pela%20manha%20Morgana%20-%20palestra%20lindb%2020.09.19%20REDE.pdf>>

FAJARDO, Gabriel; FORTINI, Cristiana. "A nova Lei das Agências Reguladoras: impressões iniciais." **Revista Consultor Jurídico**, 27 de junho de 2019.

OYAMA, Érico. Importância da análise de impacto regulatório e desafios de implementação. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/casa-jota/analise-de-impacto-regulatorio-desafios-24072020>.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. "Lei da Liberdade Econômica é bem vinda, mas não aplicável às relações de consumo". *Revista Consultor Jurídico*, 30 de dezembro de 2019.

CAPÍTULO 10

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E SEMIPRESIDENCIALISMO

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO



MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

É doutor em Direito Constitucional e Instituições Políticas pela Universidade Paris 1 - Panthéon - Sorbonne, doutor honoris causa da Universidade de Lisboa e professor emérito de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo.

MANOEL GONCALVES

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E SEMIPRESIDENCIALISMO

1. AS BASES DA GOVERNANÇA NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

A governabilidade na democracia contemporânea combina inexoravelmente a divisão funcional de Poderes – a separação dos poderes como habitualmente se diz – com o Estado de Direito. Assim, a atuação governamental exige necessariamente uma concertação entre eles, especialmente entre os ainda chamados Executivo e Legislativo.

Com efeito, mormente no Estado social e, principalmente, no Estado de Bem-estar, é necessária a cooperação ou concertação entre os Poderes para uma governança eficaz. Com efeito, a supremacia da lei – o estado de direito que a separação pressupõe – impõe que o Executivo não possa agir senão autorizado por lei e nos limites da lei. Do contrário, seus comandos não obrigam o cidadão a fazer ou deixar de fazer o que lhe é exigido.

Assim, a governança no Estado de Bem-estar, que intervém no domínio econômico para o regular, que tem de realizar políticas públicas no plano social, no plano ambiental e outros, não pode ser eficazmente exercida, senão com base na lei, como nos limites desta. Ora, se a governança no Estado liberal não reclamava senão poucas leis estáveis, para um Estado de Bem-estar, sempre surge a necessidade de novas leis, ou de mudanças no direito vigente, para atender, seja a fatores conjunturais, seja para adequá-las à evolução sempre instável dos fenômenos econômico-financeiros - sim, porque felicidade material tem custos. Assim, no Estado contemporâneo, a governança é inviável sem a concertação entre ação e lei, lei e ação.

2. A CONCERTAÇÃO NOS SISTEMAS DE GOVERNO

No sistema parlamentar, essa colaboração, de certa forma, é natural, pois o Conselho de Ministros que governa - o Executivo da tripartição clássica - não se estabelece sem uma concertação que o constitua sem o apoio da maioria parlamentar - portanto, do Legislativo - e não subsiste sem ela.

No sistema presidencial, tal colaboração é, também, imprescindível, mas não automática. Pode ser natural quando o Presidente integra o partido que detém a maioria parlamentar, mas precisa ser obtida caso a caso quando isto não acontece, ou construída de modo mais estável como uma base que se compromete a dar-lhe a sustentação indispensável para a aprovação das leis que reclama a sua ação, conforme exige o Estado de Direito, bem como para aprovação de certos atos de importância capital, como a nomeação de altas autoridades.

Leva isso à necessidade de uma articulação constante entre Executivo e Legislativo que se tem designado por presidencialismo de coalizão.

3. OS PARTIDOS E O SISTEMA DE PARTIDOS

No Estado contemporâneo, são os partidos políticos o instrumento que costura essa concertação, e a força e a estabilidade desta concertação dependem do sistema de forças constituído pelo quadro partidário, ou seja, o que a ciência política designa por sistema de partidos.

Vale, por isso, brevemente tratar desta questão.

4. OS SISTEMAS DE PARTIDOS E A GOVERNANÇA

É bem conhecido, depois das lições de mestres como Duverger, Sartori e outros, que os sistemas de partidos têm profunda influência sobre o funcionamento dos sistemas de governo.

Com efeito, o sistema de forças decorrente do número de partidos, de seu caráter programático ou programático, do número de representantes que lege, da sua maior ou menor disciplina interna, amoldam os sistemas de governo na sua atuação, quer para favorecê-lo, quer para dificultá-lo. E esta, aliás, uma das razões pelas quais as Constituições, desde o final da Segunda Guerra Mundial, têm definido o seu estatuto. Na verdade, seguindo a observação de Duverger de que os partidos são ambivalentes: são essenciais à democracia, mas podem ser ameaça à democracia.

5. OS SISTEMAS BIPARTIDÁRIO E PLURIPARTIDÁRIO

A doutrina costuma distinguir dois modelos básicos de sistema partidário.

Um, o sistema bipartidário, em que dois partidos (embora possa haver muitos mais) dominam o quadro político. Vê como elemento principal na sua formação o sistema eleitoral majoritário, com turno único de votação, em distritos uninominais. Como que naturalmen-

te tais partidos se alternam no poder, fogem às radicalizações, pois os eleitores a conquistar são os indecisos entre eles, têm viés ideológico, mas atenuado. Normalmente oferecem base estável para o Governo, mormente para o sistema parlamentar. Igualmente tendem a ser disciplinados, o que oferece estabilidade e eficiência a tal Governo. Como exemplo, aponta-se o sistema britânico e o sistema norte-americano. Têm o defeito de que a parcela – que pode ser numerosa – do eleitorado que perde a disputa fica sem representação e, assim, de certo modo, marginalizada. Realmente é o sistema do tudo ou nada.

Ao sistema bipartidário, costuma-se opor o sistema pluripartidário. Vários – certamente mais de dois – são os partidos que pesam na luta política. Isso é favorecido seja pelo sistema eleitoral majoritário em dois turnos de votação, em que a eleição no primeiro turno reclama a maioria absoluta de votos – o que habitualmente não é fácil –, seja pelo sistema de representação proporcional, que abre, para muitas e diferentes correntes ideológicas, a possibilidade de representação. Neste quadro, há justiça para com as diferentes correntes de pensamento, mas não raro é criada dificuldade para a governação. De fato, a maioria sempre necessária para a governança depende normalmente de coalizão e esta envolve uma concertação entre lideranças e ideias diferentes, com metas e aspirações divergentes.

A experiência de países como a França e a Itália aponta poder ser o quadro pluripartidário daninho para a governança, com a frequente queda de gabinetes no parlamentarismo, com sua substituição pelo “mais do mesmo”, com sérias consequências para a governabilidade, levando mesmo à ineficiência governamental. Foi a experiência nesse sentido – diga-se de passagem – durante a IV República francesa que provocou, em reação, o estabelecimento do semipresidencialismo pela Constituição de 1958, ainda vigente. Seus traços já foram objeto de análise, motivo suficiente para não lhe repetir a estrutura.¹

1 V. entre muitos o meu livro **A ressurreição da democracia**, Ed. Dia a dia forense, São Paulo, especialmente cap. 9.

Na verdade, os sistemas eleitorais não são neutros. Como observa Sartori, eles influenciam a tomada de posição dos eleitores. Ademais, o sistema proporcional tende a provocar a proliferação de partidos, seja por dissidências baseadas em diferentes interpretações de uma mesma ideologia, seja por ambições de lideranças frustradas, seja para dar status a meros interesses, até individualistas. Claro está que a disciplina partidária é frágil em tais situações. E a multiplicação ad *infinitum* do número de partidos de diferente qualidade torna muitíssimo difícil, senão inviável, a concertação indispensável à governança.

Para corrigir tais vulnerabilidades é que o direito comparado recorre a institutos como à fidelidade partidária, a cláusulas de desempenho, cláusulas de corte, etc.

Nesse passo, não se pode deixar de mencionar o sistema eleitoral alemão. Esse é um sistema de representação proporcional, pois as cadeiras de cada partido são distribuídas globalmente em proporção ao número de votos de cada um, excluindo-se os que não alcançaram a cláusula de corte de 5%, mas a metade das cadeiras é objeto de disputa majoritária. Esse sistema vincula a metade das cadeiras a um distrito que por eles fala, mas completa a banca do partido com pessoas de uma lista de nomes de autoridade e capacidade que não têm charme eleitoral, mas são necessárias para a boa condução da governança.

6. O SISTEMA POLIPARTIDÁRIO

Mais recentemente, há autores que, seguindo uma ideia presente na obra de Duverger, entretanto, não desenvolvida por ela, distinguem do sistema pluripartidário um sistema que é a exageração deste, o sistema polipartidário.

Partem eles da observação de que a multiplicação excessiva de partidos leva a um sistema com implicações políticas que são mais graves do que as já criticadas como vulnerabilidades do pluripartidarismo.

Este sistema polipartidário caracteriza-se por um quadro em que a representação política fica fragmentada de tal sorte que apenas existem em competição “pequenos” partidos, levando-se em conta o número de representantes que elegem, proporcionalmente ao total da câmara. Tal ideia já está implícita na cláusula de corte alemã, que não dá representantes a partido que não tiver obtido 5% dos votos.

Tal fragmentação dificultaria sobretudo a formação da maioria indispensável para a governança no Estado de Direito. Naturalmente, ela conduziria à desimportância do elemento programático dos partidos e serviria apenas a interesses, legítimos ou não.

O quadro apontado aplica-se ao Brasil na atualidade.

Sem rigor estatístico, mas sem faltar à verdade, o Brasil possui cerca de trinta partidos registrados, uma centena em processo de registro, sendo muito difícil conceber a linha ideológica da maioria das propostas.

O mais importante, porém, é que os maiores dos partidos brasileiros não elegem senão cerca de 10% dos membros da Câmara dos Deputados - e há inúmeros que não elegerão senão um só -, o que exige, para a formação da maioria necessária à aprovação de projetos de lei e de atos governamentais, coalizões de difícil concertação, ainda mais porque esses pequenos partidos não têm disciplina de voto.

Tais partidos, fora as exceções de regra, não possuem programa de caráter doutrinário, mas apenas obra dos marqueteiros que procuram atrair votos para os mesmos.

Partilham, todavia, dos fundos que lhes são cometidos para que sejam independentes do poder econômico e de horários gratuito para propaganda institucional e eleitoral, etc.

Neste quadro, o presidencialismo de coalizão tende a tomar o caráter de um presidencialismo de interesses e não falta quem exagere falando num presidencialismo de corrupção.

7. O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL E SUA DERROCADA

O presidencialismo viveu, nos primeiros anos após a democratização de 1945/1946, sob a égide de uma concertação obtida informalmente pela coalizão de partidos, num quadro de um sistema pluripartidário. De fato, até 1964, predominou a coalizão PSD-PTB a que pertenciam os próprios chefes de Governo, o que não excluiu crises políticas, como em 1954/1965.

Entretanto, em duas oportunidades em que a Presidência foi assumida por quem não contava com o apoio de uma coalizão, ocorreram sérias crises, como a de 1955 e a de 1961: uma destituiu Café Filho, outra, Jânio Quadros (o que iria repetir-se sob a Constituição democrática em 1991).

Exceção é o período de prevalência do movimento de 1964 que levou a cabo uma reconstrução do sistema partidário, com a su-pressão dos que existiam e a constituição de dois novos - um para apoiá-lo; outro para fazer oposição, ou seja, com a implantação artificial de um bipartidarismo e, assim mesmo, teve de instituir a fidelidade partidária para garantir tal sustentação.

Sob a Constituição de 1988, durante os primeiros quinquênios, tal presidencialismo de coalizão se restaurou num quadro pluripartidário dominado por alguns partidos grandes em razão do número de suas bancadas.

A multiplicação de partidos que se estabeleceu após esse período inicial trouxe consigo o quadro polipartidário, com as mazelas acima apontadas. Isso, se pode dizer, marca o final do presidencialismo de coalizão, que é uma das causas da necessidade de substituir o sistema presidencial por outro, como o semipresidencialismo que hoje se discute.

8. A INVIABILIDADE DO PARLAMENTARISMO

No momento histórico que vive o país, já demonstrados os defeitos de nosso presidencialismo que já discuti e se discute, a sua substituição pelo parlamentarismo é inviável.

O governo de gabinete tem de ser apoiado por uma maioria que lhe dê estabilidade, condições e efetivação de uma política de governo, ora, a coalizão que o sustentaria seria certamente instável e a impotência segue sempre a instabilidade.

A opção parlamentarista é inviável no quadro político partidário brasileiro.

9. SISTEMA POLIPARTIDÁRIO E SEMIPRESIDENCIALISMO

Entretanto, o quadro polipartidário não impede que um semi-presidencialismo dê bons frutos e este, inclusive, sirva para regenerar o próprio quadro partidário. Parece isso paradoxal, mas não o é. O impacto do polipartidarismo sobre o sistema é atenuado, como mostra a experiência francesa e previram os pais da Constituição de 1958, o grande modelo do semipresidencialismo.

Com efeito, a separação entre o chefe de Estado e o Governo, isto é, o Conselho de Ministros, evita que as crises políticas paralise a governabilidade. Elas, que ocorrem, sobretudo, sobre questões – o nome já diz – de (pequena) política e não quanto aos interesses permanentes de Estado, se solucionam pela substituição do Conselho de Ministros, pelo meio regular das moções de censura.

Em caso de maior gravidade, e de profundo desacordo entre os partidos, não se estabelece o vácuo na governança, pois em tal emergência atuará o Chefe de Estado. O mesmo se diga em casos de constante instabilidade. De fato, se a crise não se resolver pela concertação entre os Partidos, poderá ocorrer a dissolução da Câmara, com novas eleições de imediato, o que dará ao povo a decisão.

Avulta nessa situação o papel moderador do chefe de Estado, com a autoridade que lhe confere a eleição popular, a voz da democracia.

10. A RENOVAÇÃO DO QUADRO PARTIDÁRIO

É de se esperar, por outro lado, que o mérito ou o demérito da governança cabem ao Conselho de Ministros, portanto aos partidos, e não apenas ao Presidente da República, como ocorre no presidencialismo, os partidos se renovem. Isso quer dizer se apercebiam de que a multiplicidade excessiva é prejudicial ao seu próprio interesse e ao da Nação. Igualmente, sejam obrigados a definir programas de governo, com que se comprometam e correlativamente cuidem da fidelidade dos eleitos a seus objetivos.²

Claro está que uma reforma eleitoral e partidária muito ajudaria para essa renovação.

11. OS MÉRITOS DO SEMIPRESIDENCIALISMO

O semipresidencialismo que ora se discute certamente não é uma fórmula milagrosa que estabeleça a boa governança indispensável ao progresso e à ordem, ou seja, essencial para o bem comum. Entretanto, dele se pode esperar uma contribuição vantajosa para tanto.

Por um lado, ele, se não evitará crises, facilitará sua solução. Para substituir um mau governo, hoje é necessário um impeachment que, como todos sabem, é um processo desgastante que deixa sequelas e divisões na comunidade. Nisto, o elemento parlamentar tem o caminho pronto para o afastamento dentro da estrita legalidade de um Governo que não atenda ao que, dele, o povo espera ou que atente contra o interesse geral. Por outro lado, o elemento presidencial evitará em tais situações que haja um bloqueio na governança, uma paralisia da ação governamental, porque facilita a formação de novo Governo.

2 Cf. *A ressurreição da democracia*, cit., caps. 10 e s2.

A separação entre chefia de Governo e chefia de Estado não tem apenas essa virtualidade, ela impede a excessiva concentração de tarefas nas mesmas mãos e que os interesses permanentes da Nação sejam postergados em proveito de objetivos imediatistas. Igualmente cria forte obstáculo para os abusos de autoridade que, não raro, são propiciados pela referida concentração.

Igualmente - e isto talvez seja o mais importante -, o sistema impõe naturalmente uma concertação entre Legislativo e Executivo, que torna mais eficiente a governança. E isso sem a necessidade de, para ter apoio, o governante ter de distribuir mercês ou vantagens nem sempre legítimas, tal como ocorre do dito presidencialismo de coalizão.

E pode-se dele esperar que, dando responsabilidade aos partidos quanto ao êxito da governança, os faça contribuir para o interesse geral e não servir apenas de máquinas para a obtenção do poder. Hoje, eles lavam as mãos e apenas cuidam de si, porque, se a governança tem êxito, o mérito é do PR, sem não tem a "culpa" é do PR.

Claro está que - repita-se - o semipresidencialismo não fará milagres, mas será um passo importante - um primeiro - para o aprimoramento da governança e, portanto, para o que os antigos designavam por felicidade geral da Nação. E sem atentar contra a democracia e os direitos fundamentais, que são essenciais para o povo.

12. A LIÇÃO DE SARTORI

Numa obra significativa, *Engenharia Constitucional*, que aborda em profundidade o que é aqui tratado superficialmente, Giovanni Sartori, mestre consagrado em Florença e em Colúmbia, recomenda o "semi-presidencialismo aos que desejam mudar".³

Pragmaticamente falando, esse sistema misto poderia ser instituído no Brasil, sem nova Constituição, por meio de mera Emenda Constitucional.

3 *Engenharia constitucional*, trad. bras., Unb, Brasília, 1966, p. 153.

Certamente é ridículo sustentar contra isso que, em plebiscitos de 1963 e de 1993, o povo optou pelo presidencialismo contra o parlamentarismo, que não se propõe. E o tempo ensina, salvo para os que não querem ver. Aquele levou ao movimento de 1964, este último, a duas crises que resultaram em *impeachment*, e não faltam os que pedem outro.

Certamente, não há de ser o único objeto de uma reforma política, mas um passo importante para encetá-la. Mais, pode ser o primeiro deles.

Sem tal reforma, viveremos continuamente crise sobre crise, em prejuízo do desenvolvimento e dos direitos fundamentais e da democracia.

CAPÍTULO 11

FORÇAS ARMADAS E DEMOCRACIA

ALDO REBELO



ALDO REBELO

É jornalista. Foi vereador e deputado federal por São Paulo, além de presidente da Câmara dos Deputados do Brasil. Também atuou como ministro da Secretaria de Coordenação Política e Relações Institucionais, do Esporte, da Ciência, Tecnologia e Inovação e da Defesa.

ALDO REBELO

FORÇAS ARMADAS E DEMOCRACIA

A reflexão sobre o tema Forças Armadas e Democracia exige que o assunto seja abordado a partir de um cenário mais amplo, formado pela própria história da humanidade, em cujo curso estas organizações contribuíram para moldar material e espiritualmente as civilizações que se sucederam. A presença e a influência das instituições militares na vida e no destino das nações constituem fenómeno antigo, mantêm plena atualidade, e, provavelmente, acompanharão ainda por muito tempo a aventura da existência humana.

Heródoto, o grande historiador grego, considerado com justiça o pai da história, não dedicou sua obra aos feitos da filosofia e das artes gregas. Não, Heródoto descreveu as proezas dos generais gregos, de Leônidas, Milcíades, Temístocles, Aristides, ou as dos reis-guerreiros da Pérsia, de Ciro, o Grande, de Dario e de Xerxes, e seus ilustres comandantes militares. Tucídides, discípulo e sucessor de Heródoto, o segundo grande historiador da Antiguidade, tampouco dedica seu livro ao mundo das artes e das letras helênicas, mas aos soldados de Atenas e Esparta nas guerras do Peloponeso.

Qual a maior contribuição para a expansão do helenismo no mundo antigo, a de Alexandre, o imperador da Macedônia, com seus exércitos, ou a de seu preceptor, o filósofo Aristóteles? O que permaneceu de Cartago, a cidade-Estado que desafiou o poder

de Roma nas guerras púnicas, além da figura gigantesca de seu general Aníbal Barca? E, quando Shakespeare abordou o mundo romano na sua dramaturgia, a escolha recaiu sobre Júlio Cesar, seu principal general e figura maior das conquistas militares de Roma.

As armas e os barões assinalados, como percebeu Camões em seu épico *Os Lusíadas*, deram a Portugal a prerrogativa de construir civilizações sob sua influência em todos os continentes conhecidos. Os Vasco da Gama, os Afonso de Albuquerque e os Francisco de Almeida abriram, à força de suas espadas e de seus canhões, os mares nunca antes navegados e as terras nunca antes conquistadas para o império lusitano.

A história da França, da Europa e do mundo não seria a mesma sem as guerras napoleônicas e seu personagem central Napoleão Bonaparte. O imperador francês, com sua espada e seus canhões, redesenhou o direito com o código napoleônico e removeu do mapa impérios coloniais que se julgavam eternos.

A Inglaterra batizou a praça principal de sua capital, Londres, com o nome da mais importante batalha naval, Trafalgar, vencida por seu maior marinheiro, o almirante Nelson, a quem os ingleses dedicaram o mais imponente monumento da cidade. O império britânico, no qual, segundo a rainha Vitória, o sol nunca se punha, não existiria sem as canhoneiras abrindo os caminhos e os mercados do mundo para a Revolução Industrial inglesa. Os Estados Unidos denominaram sua capital com o nome do chefe militar da guerra de libertação contra os ingleses, Washington, embora pudessem escolher outros pais da pátria, mais cultos e ilustrados do que o fazendeiro Washington, como Thomas Jefferson e Benjamin Franklin.

A América espanhola rompeu seus laços com a metrópole apoiada na espada de um iluminista culto, educado e rico, Simon Bolívar, mas que obteve reconhecimento nos campos de batalha, conduzindo guerrilheiros contra o exército espanhol.

Os russos podem abjurar seu passado soviético, mas celebram as conquistas do Exército vermelho nos desfiles anuais da Praça Vermelha. O líder da Revolução de Outubro de 1917, Vladimir Lênin, é,

hoje, um personagem a mais na história russa, enquanto cresce, em prestígio, aos olhos do povo, a figura de Joseph Stalin, o condutor da guerra contra o nazismo. Quem visita Moscou vai encontrar filas de cidadãos russos para posar para uma fotografia com um sorridente Stalin trajado a rigor na principal rua da cidade.

Assim são as instituições militares, construtoras e destruidoras de nações: a umas, garantindo a liberdade e a emancipação; a outras, impondo, pelas forças das armas, o mando de potências coloniais ou imperiais. Esse paradoxo apresentou-se nas selvas do Vietnã entre os soldados do general Giap e as tropas do general norte-americano Westmoreland.

Quando o horizonte geopolítico acumula nuvens carregadas, ganham relevância a capacidade bélica, os exercícios militares dos protagonistas, sejam eles chineses, norte-americanos ou russos. Mesmo a militarmente pouco decisiva Coreia do Norte exhibe seus foguetes como prova de que pode se proteger de quaisquer ameaças e que seu dirigente não terá o mesmo destino de Saddam Hussein ou Muammar Kadafi.

O Brasil não escapa à circunstância histórica de ter, nas suas instituições militares, importantes fundações de sua construção material e espiritual. O Exército brasileiro considera seu berço os campos de Guararapes e seus fundadores, os comandantes da Batalha que resultou na expulsão dos holandeses do Nordeste, o negro liberto Henrique Dias, o índio Filipe Camarão, o Poti, o mulato senhor de engenho João Fernandes Vieira e o fazendeiro André Vidal de Negreiros. Por decreto do presidente Itamar Franco e do ministro do Exército Zenildo Zoroastro de Lucena, 19 de abril, data da Batalha de Guararapes (1648), passou a ser o dia do Exército brasileiro.

O Brasil alcançou sua independência sob a liderança do jovem e impetuoso príncipe D. Pedro e do estadista, sábio e destemido patriarca José Bonifácio de Andrada e Silva, mas ela só foi assegurada quando a jovem nação constituiu seu Exército e sua Marinha, com o concurso de negros, indígenas, voluntários brasileiros e oficiais estrangeiros recrutados para a Guerra da Independência, como o francês Pedro Labatut e o britânico Thomas Cochrane.

Nossa maior heroína nacional, Maria Quitéria, foi soldado voluntário na Guerra da Independência, condecorada pelo imperador D. Pedro I. E, quando a Federação Baiana de Futebol organizou um torneio reunindo os dois principais clubes do estado, Bahia e Vitória, e dois dos mais importantes clubes do Brasil, Palmeiras e Flamengo, deu ao troféu o nome da heroína Maria Quitéria, quando poderia ter escolhido personagens baianos da história do Brasil como Castro Alves, Rui Barbosa ou Jorge Amado.

O Duque de Caxias e o Almirante Tamandaré, patronos do Exército e da Marinha, são cultuados heróis nacionais pelo exemplo de dedicação e sacrifício pela pátria, desde a Guerra da Independência ao conflito com o Paraguai, exemplos de responsabilidade no cumprimento do dever, mesmo ao custo de sacrifícios e renúncias. Os marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto conquistaram reputação de bravos nos campos de batalha do Paraguai, passaram à história, respectivamente, como proclamador e consolidador da República, e quase todas as cidades brasileiras dedicam aos dois heróis militares uma praça ou uma rua com seus nomes.

A jornada contra a escravidão criou lendas como o político José do Patrocínio, o advogado Luís Gama e o engenheiro André Rebouças, mas foi a guerra dos Palmares que deu à luta contra a escravidão o seu maior nome, o líder de guerrilhas Zumbi dos Palmares.

Os indígenas brasileiros criaram estadistas como Tibiriçá, que casou a filha Bartira com o português João Ramalho e selou a aliança com os jesuítas Manuel da Nóbrega e José de Anchieta, mas foram os líderes guerreiros que se destacaram ora em aliança com os portugueses contra os franceses, o caso de Araribóia, no Rio de Janeiro; ora contra os portugueses como Ajuricaba, na Amazônia, ou contra portugueses e espanhóis na guerra de Sepé Tiarajú nas Missões.

Pesquisas encarregadas de apurar o prestígio de instituições nacionais constataam o grande apreço da população pelas Forças Armadas na imensa maioria dos países. Nas pesquisas realizadas no Brasil, a população tem, nas Forças Armadas, uma referência de patriotismo e defesa do interesse comum. O problema não reside

no alto prestígio das organizações militares, mas na ausência de outras instituições gozando do mesmo apoio e da mesma deferência por parte da opinião pública. Observando o cenário brasileiro, é importante constatar que as Forças Armadas cumpriram e cumprem uma dupla função e uma dupla jornada: a defesa e a construção da Pátria - a defesa como atividade fim e a construção material e espiritual como função suplementar diante das lacunas e fragilidades da sociedade nacional e do Estado nacional.

As Forças Armadas estiveram presentes nas guerras da Independência, na Abolição da Escravatura, da Proclamação da República, na Revolução de 1930. Foram decisivas na formulação da ideia de um projeto nacional de desenvolvimento, na criação do Programa Nuclear e do Programa Espacial, na criação do CNPq (Conselho Nacional de Pesquisa), na gênese da informática brasileira, com os computadores pioneiros, Cisne Branco e Patinho Feio. Até hoje, a Marinha conduz o Programa Nuclear; a Aeronáutica, o Programa Espacial; e o Exército, a atividade de Defesa Cibernética.

No período histórico da existência dos estados nacionais, as Forças Armadas continuarão sendo fundamentais na vida das nações, cabendo ao poder civil disciplinar e conter as inclinações que elas possam adotar de tutelar as demais instituições, embora é dever registrar, que muitas vezes são frações da própria sociedade civil que buscam provocar as manifestações militares em benefício de seus próprios objetivos como testemunhamos recentemente no Brasil. Ainda no caso brasileiro prevaleceram as convicções das Forças Armadas de apego à Constituição e de negação de qualquer gesto na direção de aventureiros de plantão.

É provável que a democracia corra maiores riscos em razão da instabilidade de suas organizações e instituições econômicas e políticas civis do que pelo protagonismo da caserna, afinal de contas, não se pode apontar os militares como responsáveis pelo imobilismo econômico, pelo aumento das desigualdades e pelo conflito entre os poderes que marca a vida institucional contemporânea no Brasil.

CAPÍTULO 12

A ATUAÇÃO INTERNACIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM OLHAR DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E SAÚDE

MARIANA BUGELLI



MARIANA BUGELLI

É graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente, é pesquisadora do Instituto de Urbanismo e Estudos pela MetrÓpole. É autora do livro *As Mulheres e a Constituição - O Paritarismo de Gênero*, que fala sobre gênero no processo constituinte do Chile.

MARIANA BUGELLI

O PARITARISMO CONSTITUCIONAL DE GÊNERO COMO ARCABOUÇO PARA POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO¹

A educação pode ser definida como o direito fundamental mais transformador. Trata-se de ferramenta poderosa para avançarmos em todos os aspectos da vida humana, sobretudo na conquista da dignidade, incluindo dimensões morais, políticas e econômicas.

Ao longo da história, o patriarcalismo combateu os direitos das mulheres em geral e à educação em particular. Por exemplo, a Universidade de Oxford, fundada em 1096, só em 1920 deu direito às mulheres serem diplomadas, portanto 824 anos após sua criação², e mesmo assim com a limitação de que poderiam ter o máximo de 25% das vagas.

Ocorre que ainda hoje a discriminação educacional contra as mulheres está presente em muitas partes do mundo. Por exemplo, a partir de estudos do Programa das Nações Unidas para o Desen-

¹ Texto baseado no livro: BUGELLI, Mariana. *As Mulheres e a Constituição - O Paritarismo de Gênero para a Inclusão*. Brasília: Tagore Editora, novembro 2021.

² *Oxford University recognizes 100- year anniversary of the formal admission of women*. Disponível em: <https://www.ox.ac.uk/news/2020-10-06-oxford-university-recognises-100-year-anniversary-formal-admission-women>. Publicado em: 6/10/20. Acesso em: 14/02/22

volvimento (PNUD)³ de 2017, na Índia os homens tinham em média 8,2 anos de escolaridade, enquanto as mulheres apenas 4,8 anos. Já no Paquistão, 6,5 anos para homens e 3,8 para mulheres, enquanto no Afeganistão, 6 para homens e 1,9 para mulheres.

Mesmo nos países chamados desenvolvidos, onde as mulheres têm apresentado resultados escolares crescentemente melhores que os homens, a presença feminina ainda é esmagada em áreas de alta importância econômica. Por exemplo, menos de uma mulher para cada cinco homens consegue se graduar em computação nos países da OECD⁴.

Ou seja, existem mecanismos de reprodução da discriminação de gênero que são operados em todos os níveis das sociedades, inclusive nas consideradas desenvolvidas. Os comportamentos de estereótipos, misoginia e os padrões de dominação do patriarcalismo são impostos desde a infância, criando uma espécie de perpetuação do domínio do homem sobre a mulher⁵.

Daí porque não adianta apenas serem adotadas políticas públicas de educação, sem existirem as mudanças estruturais que assegurem a efetiva igualdade de gênero, devendo ser considerada um direito fundamental. Nesse sentido, o próprio PNUD tem desempenhado um papel relevante na questão das transformações constitucionais, como é exemplo o atual processo constituinte no Chile, o primeiro da história com paridade de gênero.⁶

Marcela Ríos Tobar, designada como Ministra da Justiça e Direitos Humanos do novo Governo Nacional do Chile, era a coordenadora de governabilidade no escritório da PNUD daquele país, que

3 *Human Development Data (1990-2017) | Human Development Reports*. Disponível em: www.hdr.undp.org. Acesso em: 14/02/22

4 *Where are tomorrow's female scientists?*. Disponível em: <https://www.oecd.org/gender/data/wherearetomorrowsfemaleScientists.htm>. Acesso em: 14/02/22

5 HALIM, May Ling (2013). *Four-year-olds' Beliefs About How Others Regard Males and Females*. *British Journal of Developmental Psychology*. 31 (1): 128-135; Bem, Sandra (1981). *Gender Schema Theory: A Cognitive Account of Sex Typing*. *Psychological Review*. 88 (4): 354-364.

6 Marcela Ríos - *Plebiscito, paridad y la posibilidad de una nueva Constitución*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ItY940ZsV8Q>. Publicado em 9/08/20. Acesso em: 14/02/22 e *Webinar Participación Ciudadana durante la Convención Constitucional*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=20qP73LUmig>. Publicado em 31/03/21. Acesso em: 14/02/22

colaborou de maneira marcante para viabilizar o caminho rumo à construção prática do paritarismo constitucional de gênero .

Cabe entender esse novo arcabouço.

Na perspectiva da paridade de gênero, o trabalho conceitual mais importante está no livro de ensaios *Ao poder cidadãos! Liberdade, Igualdade e Paridade*⁷, escrito em coautoria pela socióloga Françoise Gaspard, a escritora Claude Servan-Schreiber e a jurista Anne Le Gall. Trata-se da publicação que dá origem ao conceito profundamente transformador da paridade plena de gênero.

Ou seja, a proposição concreta e central que o sistema jurídico conceda espaços numéricos idênticos para mulheres e homens em todas as assembleias políticas. As autoras propõem substituir a famosa, mas infame, “fraternidade”, pela paridade. Afirmam corretamente que a “fraternidade” serviu de forma exclusiva aos homens, tornando possível a manutenção do controle da representação política em particular e do poder em geral.

Defendeu-se pela primeira vez de forma sistemática que a paridade se torne uma regra a ser consagrada para o benefício de todos, firmando-se assim como princípio universal e permanente. É proposto não só para as mulheres, mas também para aqueles que chamam de “verdadeiros democratas” de ambos os sexos e de todas as orientações sexuais. Na opinião das autoras, a paridade representa a única oportunidade real de construir, pela primeira vez, uma democracia de verdade.

Ou seja, necessitamos intensificar a luta, pacifista, porém destemida, para integrar e abrigar as partes majoritárias da sociedade que se encontram cronicamente excluídas. Temos que transformar as estruturas legais nocivas existentes e então criar modelos de efetividade e eficácia para as normas legais que tradicionalmente já nascem como “letras mortas” sem qualquer aplicação real.

⁷ GASPARD, Françoise, Claude Servan-Schreiber, Anne Le Gall - *Au pouvoir, citoyennes! Liberté, égalité, parité*. Paris: Seuil, 1992.

Nossa luta precisa ser pacifista, embora subversiva, para gerar um processo que assegure a ascensão política, com participação paritária real das mulheres, junto com todos os grupos marginalizados, num arcabouço legal realmente inclusivo. Com isso, devem ser construídas estruturas constitucionais subjacentes, com fundamentos que transformem a nossa realidade a partir não apenas de um lugar de fala, mas sobretudo de um espaço concreto de poder paritário efetivo, prático, que insira a questão das mulheres no centro maior das decisões jurídicas, legislativas e executivas, públicas e privadas.

Pode parecer um sonho, uma utopia inalcançável. Mas as grandes realidades são construídas pelo poder da imaginação transformadora. Naquela época, quem acreditava que os Estados Unidos iriam criar o modelo constitucional que existe até hoje, mesmo que tenha sido feito pelos e para os homens brancos? Naquele momento dos fundadores, era ou não um sonho selvagem, até maior do que a Revolução Francesa?

Agora, com o paritarismo constitucional de gênero, vivemos momentos sobremaneira mais relevantes até que as chamadas Revoluções Norte-Americana e Francesa, visto que estamos tratando de um marco milenar de transformação social, política e econômica, com a sublevação pacífica, para a integração sistêmica paritária das mulheres nas estruturas de poder.

O Direito como um todo, e o constitucionalismo em particular, representam processos vivos, dinâmicos, que devem sempre responder às realidades políticas e sociais, definidores das formas e dos conteúdos das normas jurídicas. Mesmo com todas as tenebrosas manipulações que as elites masculinas realizam contra o povo, ocorrem momentos decisivos na história em que as vontades populares rompem com o *status quo*. É o que estamos a viver atualmente.

Tudo isso faz parte dos embates que ocorrem nas chamadas democracias, que podem passar a ser verdadeiramente representativas, ao incorporar de forma real e prática as maiorias constituídas

pelas mulheres, juntamente com todos os demais grupos marginalizados. Só assim poderemos ter efetivo pluralismo, na complexidade e dinâmica da revolução tecnológica, especialmente utilizando novas formas de expressão.

Não obstante, há que se ter realismo e ficarmos em máximo estado de alerta, pois os grupos masculinos que milenarmente dominam o poder irão sempre apresentar reações e manobras de todas as naturezas, inclusive continuando a abusar das mais distintas formas de violência, tanto psicológica quanto física, como a história tem demonstrado.

Estamos falando em subverter o modelo político, mas num contexto pacífico, dentro do Estado de Direito. Não podemos, contudo, ser ingênuas, pois já foram e continuarão a ocorrer atrocidades cometidas pelos homens no poder contra as que se colocam à frente para realizar as mudanças. Até mesmo durante a luta nos Estados Unidos em favor do direito ao voto feminino, inúmeras militantes foram presas e sofreram todos os tipos de violência e perseguição. Ainda piores foram as lutas pelos direitos civis das comunidades negras norte-americanas.

Nesse sentido, não se pode abrir mão de alcançar o que se entende como proteção efetiva dos direitos humanos, ou seja, devemos conquistar uma proteção integral ampla, partindo de políticas públicas em favor das mulheres e de todos os segmentos marginalizados. Os direitos fundamentais devem deixar de ser subjetivos e têm que se submeter a uma nova estrutura normativa constitucional e passar a ser efetivamente praticados na vida cotidiana. Urge assegurar, na prática real, a proteção objetiva dos direitos fundamentais das mulheres.

A Constituição já se expande para todas as disciplinas, a legalidade passa a ser uma constitucionalidade pela importância que todas as áreas lhe reconhecem. Com eficácia dirigente, os agentes públicos e privados sendo obrigados a cumprir, perceber e concretizar a Constituição; sendo uma tarefa de todos aqueles que estão no serviço público e no setor privado.

Eficácia horizontal: não apenas os órgãos públicos e as instituições privadas devem respeitar a Constituição, mas todas as cidadãs e todos os cidadãos. Por ser cidadã(o) daquele país que quer a Constituição prevalente, que tem a vontade de Constituição, se deve buscar cumprir as regras constitucionais nas suas relações privadas e inclusive nas suas relações mais íntimas.

É algo que se irradia para os ambientes privados, matéria ainda em ebulição na teoria constitucional contemporânea. A eficácia horizontal está timidamente ressoando no Brasil, uma teoria nascida na Alemanha em meados do século XX, abraçada em um dos precedentes julgados no STF, no qual Gilmar Mendes reconhece através do RE 201.819/RJ (Publicado em: 11.10.2005, DJe 27.10.2006), ementa *in verbis*:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados...A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

A ideia do que eram direitos individuais e direitos subjetivos ficou muito em exposição e numa construção coletiva bastante profícuca durante todo século XIX. Foi no século XX, depois das experiên-

cias trágicas das guerras mundiais, que se percebeu a importância de projetar os direitos fundamentais para além das perspectivas puramente individuais e subjetivas; era preciso criar um ambiente mais abrangente, para que os direitos fundamentais se tornassem uma realidade na vida das pessoas.

O conceito prático de um direito constitucional com eficácia é respaldado na ideia de que acreditamos no Estado constitucional como melhor modelo político de organização da sociedade e da vida política de um país. Uma essência do constitucionalismo contemporâneo, e introduzindo recorte para um modelo de Estado de Constitucional de Direito, é que ele intersecciona e se abre para o feminismo.

Esses movimentos vêm a influenciar um modelo de Estado constitucional pelo viés dos direitos fundamentais. O Estado de Direito deve ceder lugar ao Estado de Direitos Fundamentais⁸, ou seja, o modelo político resultante do constitucionalismo liberal que surge da Idade Contemporânea a partir do final do século XVIII. Trata-se de um modelo que nasce para os direitos fundamentais, com os instrumentos da legalidade, à disposição do reconhecimento, garantia e proteção dos direitos fundamentais.

Por isso, denomina-se Estado de direitos fundamentais. O que se almeja é recortar a partir da experiência de um paritarismo constitucional de gênero, com o Estado de Direito se consolidando pelas perspectivas de real liberdade, dos direitos efetivos de igualdade e dos direitos vivenciados de sororidade/fraternidade, que inclui a busca pela felicidade, como um modelo efetivo de proteção subjetiva e objetiva de direitos fundamentais.

A proteção subjetiva dá apenas uma ampliação de direitos fundamentais que deixam de ser apenas direitos subjetivos e coletivos de pessoas determinadas, para se transformar em direitos difusos, de todos os agrupamentos sociais. Coletividades nacionais e inter-

⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher*. Revista Consultor Jurídico, 18 de junho de 2016. <https://www.conjur.com.br/2016-jun-18/observatorio-constitucional-entre-la-cos-sao-tecidos-supremo-direitos-mulher> Acesso em: 27/10/20

nacionais, consolidando-se por meio da experiência e da forma das políticas públicas que se voltam para o plano interno, mas que têm que se abrir também para o exterior, inclusive para absorver experiências comparadas do estrangeiro. Logo, a ideia de um Estado de Direito e um Estado constitucional abre uma terceira possibilidade, conhecida como Estado cooperativo de direitos fundamentais.

Como as ideologias, teorias e filosofias do constitucionalismo podem ser encampadas a partir de uma perspectiva das mulheres que se colocam à disposição do ativismo constitucional, do estudo dos direitos constitucionais e fundamentais, e investigar as relações de poder no seio do Estado, de uma forma feminina e feminista?

O paritarismo constitucional de gênero surge como resposta a essa questão, como sinônimo de igualdade e inclusão. Numa perspectiva sociopolítica, cabe dizer que não é um processo qualquer, pois aqui tratamos de efetiva igualdade e inclusão de gênero.

Na verdade, a categoria universal do feminismo pode ser empobrecedora. Não se deve também acatar que mulheres brancas possam ter privilégios em relação a quaisquer outras mulheres. A mulher branca pode estar lutando pela sua igualdade salarial, o que é absolutamente essencial, mas não pode esquecer que a mulher negra veio da condição hedionda da escravidão, pós-abolição, trabalhando como doméstica em condições servis.

Daí a importância de estarmos todas engajadas na luta da mulher negra de acesso ao trabalho reconhecido socialmente. De fato, para a mulher negra e pobre, o trabalho não é o grito de liberdade que pode ser para a branca, pelo contrário, é uma questão de sobrevivência que reproduz valores culturais ainda dos tempos da escravidão⁹.

Não perceber no feminismo suas diferenças e intersecções faz com que não avancemos em questões essenciais do movimento, pois ficam mulheres que estão numa situação de privilégio material

⁹ LORDE, Audre. *As ferramentas do mestre nunca vão desmantelar a casa-grande*. Disponível em: https://www.academia.edu/11277332/LORDE_Audre_As_ferramentas_do_mestre_nunca_vao_desmantelar_a_casa_grande. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

oprimindo outras em situação de ainda maior vulnerabilidade. Assim, pela combinação de machismo, misoginia e racismo, a mulher negra fica submetida a uma opressão ainda mais violenta, profunda, hedionda e crônica.

Existirá algum sentido ético de alimentar em nós o poder que condenamos nos outros? Machismo, racismo e opressão de classe são questões estruturais que devem ser frontalmente combatidas. Temos que lutar pela nossa causa ampla que rompe com a estrutura patriarcal, mas devemos também destacar especialmente o feminismo negro e o LGBTQIA+; pois só assim poderemos superar sistemicamente o que nos oprime.

Por conseguinte, o paritarismo constitucional de gênero, quando se declara como constitucionalismo da igualdade, é também igualdade de gênero, porém muito mais amplificado do que o binômio masculino e feminino, afinal, como nos iluminou Audre Lorde, “as diferenças devem ser vistas dentro de uma complexidade criativa e positiva”.

Para que possamos chegar a este constitucionalismo inclusivo, é essencial desconstruir as estruturas ideológicas que o constitucionalismo patriarcal nos ofereceu até os dias atuais. Por que precisamos falar em um constitucionalismo com ênfase e destaque para a inclusão?

No paritarismo constitucional de gênero, todas as perspectivas devem ser contra a discriminação e a exclusão, o que só reforça o papel decisivo da inclusão, pois só assim se pode tornar verdadeiro pela primeira vez o trinômio liberdade, igualdade e sororidade/fraternidade.

Em todo caso, a parte essencial para o paritarismo constitucional de gênero é o seu ideal de pertencimento, reconhecimento e inclusão na comunidade. Não nos interessa travar uma guerra entre os sexos, pois o feminismo vislumbra sobretudo uma ampliação de direitos e sua dignificação; o que se almeja é a inclusão irrestrita. Sair do *status* do desrespeito, da invisibilidade e da indiferença, que gera violência e morte, física e social.

Pelo que se pode constatar, as ideologias tradicionais, tanto no ocidente quanto no oriente, em nada diferem, na prática, em relação aos efetivos direitos das mulheres. É tudo parte do mesmo processo de dominação patriarcal, em que a “força” geralmente sempre prevaleceu.

Como os homens têm acumulado um domínio opressor há vários milênios, não podemos ser ingênuas de confiar em qualquer ideologia na qual os homens opressores possam realmente favorecer as mulheres ao ponto de atingirmos a efetiva igualdade de direitos em espaços públicos e privados.

A triste conclusão é: não podemos confiar nos homens para abrirem nossas portas rumo à igualdade, e por isso teremos que conduzir nossas próprias batalhas nos campos políticos, jurídicos, éticos, econômicos e culturais.

O paritarismo constitucional de gênero enseja a partir de qualquer perspectiva social, pluralista, fazer quórum a uma igualdade efetiva, material. Essa igualdade prática só pode acontecer se e quando as mulheres conquistarem o espaço político e jurídico, não importando o modelo ideológico que esteja prevalecendo no Estado de Direito, de forma a garantir a proteção legal a todas e todos, sem exceção, acolhendo o povo na sua integralidade.

Nunca se imaginou, em pleno século XXI, que seria necessário sequer explicar a importância da paridade de gênero para a inclusão e a consolidação de um ambiente pelo menos equilibrado entre mulheres e homens. Somente aqueles que se assumem como patriarcalistas e autocráticos poderiam defender a supremacia do homem sobre a mulher, pois de fato é uma forma grave de patologia moral.

Por conseguinte, e dentro da possibilidade desta abordagem, falar do paritarismo constitucional de gênero é também buscar quais os meios que se tem para induzir, persuadir e pressionar o conjunto da sociedade, sobretudo de provocar o levante pacífico dos contingentes oprimidos e majoritários, mas também despertar

os opressores quanto à situação de barbaridade existente contra as mulheres e demais grupos marginalizados.

Há que se atentar a todos os agrupamentos e instituições, bem como pessoas, que podem e devem se engajar na concretização das necessidades de inclusão através do paritarismo constitucional de gênero.

Todas as pautas conquistadas recentemente, especialmente a partir da década de 1950, alcançando a esmagadora maioria das mulheres em todo o mundo, foram baseadas no direito sagrado de estudar, que foi reivindicado desde a primeira onda do feminismo, com Mary Wollstonecraft. Como a educação é a base de tudo, a partir daí começamos a criar condições para lutar por espaços equitativos, públicos e privados.

A representação política continuou a ficar sob o comando masculino, com o patriarcalismo mantendo seu espaço de poder. Algumas poucas experiências de mulheres líderes ocorreram, como em décadas recentes, nas figuras de Golda Meir, Indira Ghandi, Margareth Thatcher e Angela Merkel, mas todas elas, sem exceção, numa perspectiva conservadora, servindo e se servindo do modelo patriarcal, sem qualquer mudança estrutural em favor das mulheres.

Portanto o ponto central não é simplesmente colocar uma ou outra mulher em posição de liderança e poder. As perguntas que não conseguem calar continuam a ser: será que, só por sermos mulheres, não temos o direito de nos apresentarmos como representantes das mulheres e da sociedade como um todo? O que nos diferencia tanto dos homens, seja intelectual, seja biológica, seja de força física, que nos exclui do processo de participação política e das nossas próprias escolhas enquanto seres humanos dessa sociedade?

Tais indagações formam as primeiras que motivaram mulheres a reivindicarem salários iguais, condições isonômicas na sociedade, nossa presença qualificada nos ambientes que fossem intelectual-mente capazes de lidar com as situações mais complexas.

Nessa medida, dentro de tal expectativa, nós mulheres passamos a vivenciar o sufrágio, o direito ao voto e os direitos políticos como um símbolo da nossa própria existência no mundo. Antes éramos confinadas a uma escravidão doméstica e completamente subordinadas aos pais, irmãos, maridos e tutores, quando inúmeras vezes estaríamos em condições muito melhores de gerenciar nossas próprias vidas se estivéssemos sozinhas e plenamente capazes de exercer todos os nossos direitos.

Lamentavelmente, a realidade é que os movimentos feministas ainda não conseguiram penetrar e desconstruir o patriarcalismo que habita os corações e as mentes de grande parte das próprias mulheres. Se no final do século XX e início do século XXI, com todas as revoluções tecnológicas disponíveis, amplo acesso ao conhecimento, à informação, à educação formal, por que as mulheres ainda estão excluídas? Onde está o problema maior para ingressarmos numa nova era de efetiva igualdade? Por que ainda estamos lutando por direitos tão básicos como a representação política paritária, como agora as chilenas conquistaram pela primeira vez na história paridade numa nova constituinte?

A autonomia da mulher ainda é relativizada por essas características que são impostas pelo patriarcalismo que vive a torturar o interior da alma feminina. Ficamos aprisionadas com o sentimento de “maternidade”, responsáveis pela missão impossível na sociedade: sermos brilhantes, profissionais exemplares, ter participação política, mas mantendo as obrigações de “donas” do lar sem a colaboração do “companheiro”, com tarefas exaustivas física e psicologicamente.

Aqui estou naturalmente me referindo mais a um conjunto limitado de mulheres, sobretudo das chamadas classes médias. Os grandes contingentes das mulheres de rendas mais baixas, que vivem no limite diário da sobrevivência biológica, parcelas altamente importantes das mulheres, como no caso do Brasil, vivem num verdadeiro mundo de horror, em condições de vida muito abaixo da mínima dignidade, em todos os sentidos.

É mais, uma grande parte de mães solteiras, sendo necessariamente forçadas a trabalhar fora, cuidar dos filhos e naturalmente ficam sem qualquer vida para si próprias. Vale registrar que o número de famílias chefiadas por mulheres no Brasil cresceu 105% entre 2001 e 2015, segundo o estudo “Mulheres Chefes de Família no Brasil: Avanços e Desafios”¹⁰.

Ou seja, um total de 28,9 milhões de famílias eram chefiadas por mulheres em 2015, ano dos dados disponíveis; os dados oficiais também apontam que as famílias formadas por mães solteiras, separadas ou viúvas já representam 15,3% de todas as famílias no Brasil, sendo que em 2011 os estudantes que não têm o nome do pai na certidão de nascimento somavam 5,5 milhões.

Isso certamente deve também ocorrer em toda a América Latina, África e vastas partes da Ásia, onde grandes parcelas das mulheres vivem verdadeiros mundos de horror, em condições de vida sem dignidade, em todos os sentidos. Nesse quadro, necessitamos fortalecer e empoderar os grupos mais vulneráveis, numa perspectiva não paternalista e com base em ações afirmativas.

Na prática do paritarismo constitucional de gênero, é essencial a ideia de dar centralidade estrutural às mulheres, reconhecer nossas capacidades intelectuais, tão questionadas e mesmo ridicularizadas pelos homens. Temos que ocupar todos os possíveis espaços sociais, não só na política, mas também na ciência e tecnologia, nas forças armadas, na diplomacia, em todo o setor público e também no privado. Enfim, nós mulheres podemos e devemos ocupar todos os espaços existentes e mesmo criar novos espaços relevantes no sentido de conquistarmos o paritarismo constitucional de gênero com a mais absoluta urgência.

Cabe nos posicionarmos quanto à tentativa de inversão do movimento feminista, que é denominado feminismo. Trata-se da tentativa de colocar a mulher no lugar do homem, ou seja, transformar o patriarcado no matriarcado. Sem dúvida é gravíssimo erro histórico

¹⁰ CAVENAGHI, Suzana; ALVES, José Eustáquio Diniz. *Mulheres Chefes de Família no Brasil: Avanços e Desafios*. Escola Nacional de Seguros. 2018. Disponível em: https://www.ens.edu.br/arquivos/mulheres-chefes-de-familia-no--brasil-estudo-sobre-seguro-edicao-32_1.pdf.

que precisa ser denunciado e combatido. Não podemos querer novo ciclo de opressão da sociedade, apesar de os homens durante milênios darem infundáveis motivos para merecê-lo.

O feminismo é combatente da exclusão de qualquer natureza. Nessa medida, o movimento também inclui na sua pauta a participação masculina numa sociedade igualitária. Sem dúvida, é preciso rediscutir os homens nessa nova fase. Há que compreender determinadas características biológicas inatas, ver como melhor lidar com tendências dominadoras e sobretudo predadoras. Como também há que respeitar e apoiar os homens que são homossexuais, bissexuais, pansexuais ou mesmo assexuados, pois devem ter o mesmo respeito que qualquer outro ser humano.

Uma sociedade efetivamente plural, complexa e feminista é aquela em que, de todas as formas possíveis, seja no plano filosófico, epistemológico, metodológico, seja no plano empírico das decisões reais e concretas da economia, política, cultura, possa efetivamente incluir todos os seres humanos e suas pautas.

Não é possível falar de paritarismo constitucional de gênero sem apreender esse elemento central entre a intersecção da transformação de um momento e outro. São movimentos que nascem para criar novas realidades, mas que necessitam dialogar com o que ainda vai permanecer vivo do passado. Mesmo sendo questões datadas e situadas nas suas próprias épocas, mas que não tiveram o mesmo desenvolvimento histórico, ou seja, não acontecerem ao mesmo tempo. No entanto, o mais importante é concentrar-se naquilo de novo que está surgindo, reconhecendo que existem outros tempos históricos em grupos conservadores ligados ao passado, mas que sigam a regra do respeito à dignidade humana. O paritarismo constitucional de gênero deve ser exemplo prático de respeito às diferenças.

O paritarismo constitucional de gênero não pode ver as mulheres apenas sob uma perspectiva feminina e sim mirando à igualdade de gênero. Reivindicamos que mulheres e homens, juntos, têm que construir uma transformação real. Lutamos para uma igualdade

efetiva, com as mulheres tendo reparados nossos déficits de representação e participação, em todos os planos da vida.

A Constituição não é dada, muito menos pronta, é construída, constituída. Por isso que na doutrina constitucional deve-se prezar por escutar e responder às legítimas expectativas de todas e todos, sem quaisquer tipos de bloqueios ou privilégios. Na perspectiva feminista, a Constituição deve ir além da questão do gênero e atingir os mais elevados patamares de equilíbrio e verdadeiro sentido de dignidade, justiça e igualdade.

É urgente construir uma estrutura normativa do paritarismo constitucional de gênero. Ou seja, inserir na própria Constituição a presença das mulheres, de forma vertical e horizontal. Em todos os seus capítulos, incluir os interesses e assegurar a participação das mulheres, de forma efetiva, eficaz, prática, real, paritária. Enfim, devemos garantir que em todos os capítulos do Direito Constitucional tenhamos, de igual para igual, a perspectiva, a presença e os direitos das mulheres de forma paritária. Ou seja, a partir da visão dos interesses objetivos de quem ficou excluída nos dois últimos séculos e meio da teoria e da prática constitucionais.

Dentro da teoria constitucional e todas as suas implicações para a nossa luta cotidiana, o paritarismo constitucional de gênero tem relevância na criação de uma nova onda que nos conduza a um destino seguro. Mas, antes de avançarmos, é preciso esclarecer, o paritarismo constitucional de gênero em nenhuma hipótese almeja a troca do androcentrismo pela supremacia feminina do ginocentrismo.

A sofisticação intelectual do movimento feminista, enquanto epistemologia, é focada no rompimento do ciclo de opressão, que parte da premissa de que o oprimido quer ser opressor. Temos uma posição oposta, visto que certamente lutamos pela igualdade de gênero, mas sem recriar uma nova estrutura de dominação, e sim como instrumento de libertação sistêmica, tanto dos opressores quanto dos oprimidos.

Existe uma grande diferença do olhar feminino para o mundo. Aparentemente frágeis, delicadas, instáveis, na verdade nós mulheres fomos até agora construídas socialmente a partir de estereótipos que os próprios homens impuseram do que era o melhor para eles em cada sociedade. Sim, há diferenças de corpo, dos hormônios, das emoções, do espírito. Há diferenças que nós não podemos nem queremos esconder, por conta dos ciclos ou mesmo das intersecções ou das interferências que a maternidade produz na vida de uma mulher.

Não obstante, nenhuma mulher deve ficar confinada aos seus limites biológicos ou às construções sociais. Por isso é que todas as formas de feminismo que se apresentam na sociedade, independentemente da orientação sexual, do seu modo de vestir, de se portar, da sua classe social, da sua etnia, raça, idade, ideologia ou credo, devem ser consideradas expressões legítimas do paritarismo constitucional de gênero. Não há exclusões possíveis para essa nova abordagem. Todas as formas são legítimas e enriquecedoras, incluindo também as contribuições dos homens que tenham convergências reais e práticas com o feminismo.

Que sejam adotados processos em que nós mulheres tenhamos um lugar automaticamente cativo. Isso é essencial, porque o androcentrismo, o patriarcado e o sexismo prevalecem em praticamente todos os espaços. É crucial serem necessariamente reservados espaços verticais e horizontais para as mulheres, destinados por direito paritário.

Devemos nos posicionar pelo modelo sistêmico da paridade em todo e qualquer espaço público, no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, bem como em todas as instituições privadas e do terceiro setor que recebam recursos financeiros públicos ou sejam reguladas pela oferta de bens e serviços públicos.

Não se trata de modelo de cotas e sim de paridade. Imaginar que os partidos políticos, praticamente todos viciados nas piores práticas e dominados pela mistura de patriarcalismo com patrimonialismo, decidam em favor das mulheres, é algo inteiramente irreal

e impraticável. Os escândalos nas eleições brasileiras de 2018 mostram o abuso e a mais precária manipulação dessas falsas cotas para as mulheres.

Cabe novamente enfatizar, nosso único caminho é a implantação de ações afirmativas paritárias concretas e reformas legislativas, em todos os âmbitos, não somente o eleitoral. Temos que ser realistas e pragmáticas, não pode haver participação verdadeira sem paritarismo constitucional de gênero. Isso quer dizer que, enquanto as mulheres estiverem alijadas de terem sua representação assegurada, pelo menos com a paridade, mesmo sendo maioria, não poderá existir o menor senso de justiça, de razoabilidade, de equidade.

Nós mulheres temos que estar com poder efetivo não só para fazer as leis, mas estarmos presentes em todas as esferas de poder para que a legislação seja efetivamente aplicada. Devemos ter poder igual para assegurar a interpretação das leis, junto com o controle de todas as regulações e regulamentações. Tudo num quadro de paridade sistêmica, horizontal e vertical. Só assim poderemos construir uma nova dinâmica em condições de viabilizar graus decentes de dignidade humana.

Esse caminho naturalmente deve obedecer a novos critérios a serem definidos no paritarismo constitucional de gênero. Devemos inclusive criar mecanismos viáveis de preparação para o exercício de todo e qualquer cargo público, seja por voto ou por concurso. Não podemos mais permitir a degradação moral e técnica do ambiente político. A candidata e o candidato não podem ser escolhidos por charme, palavras demagógicas, apelos sentimentais ou religiosos, ou qualquer forma de populismo ou manipulação. Devem ser definidas exigências mínimas de formação, experiência com a coisa pública, gradação nas responsabilidades e até mesmo comprovação inequívoca de equilíbrio emocional e mental, que devem ser atualizadas de maneira sistêmica, impessoal e incontroversa.

A história pregressa de cada candidata e candidato deve também passar por avaliação do seu histórico de cidadania, no cumprimento com os seus deveres tanto com as pessoas quanto com

a coisa pública. Noutras palavras, as políticas e os políticos devem demonstrar a prática exemplar da cidadania, em todos os aspectos da vida. Só assim teremos qualidade na representação legislativa bem como no Executivo.

Podem alegar que é elitismo e cerceamento de acesso às pessoas em situação desfavorável. Mas não é o caso. Até mesmo porque, na situação do Brasil, a proposta é de ter paridade tanto em relação ao gênero quanto à origem étnica. Ou seja, somos um Brasil majoritariamente de negros e a representação dessa nossa maioria é inúmeras vezes pior do que das mulheres brancas. E quando se olha para as mulheres negras, aí que o drama se torna tragédia.

Nesse contexto, o paritarismo constitucional de gênero no Brasil, para ser verdadeiramente justo, equilibrado e reparador das dívidas sociais impagáveis, deve ser paritário para os negros e as mulheres. Ou seja, 50% de todos os espaços públicos, em todos os Poderes, devem ser para as mulheres, enquanto 50% para homens; por sua vez, dos espaços das mulheres, metade deve ser para negras, e, daquele dos homens, a metade para negros.

Só assim o Brasil poderá seguir rumo à dignidade. Sem representação paritária efetiva de gênero e de raça em todos os Poderes, não poderá nunca haver qualquer construção coletiva que venha a nos fazer uma sociedade saudável. E não estamos aqui a pregar qualquer tipo de comiseração ou vitimismo em favor das mulheres e dos negros.

Em suma, esperamos contar com a participação do PNUD, de forma similar ao que foi realizado no Chile, bem como da ONU Mulheres, para que possamos acelerar no Brasil o movimento de massas com vistas à efetivação dos direitos fundamentais para as mulheres, para os negros e demais grupos marginalizados. A OAB já instituiu o critério da paridade de gênero e também esperamos que possa incorporar a paridade racial, além de se engajar de forma central na mobilização popular por uma Constituição Paritária de Gênero e de Raça.

CAPÍTULO 13

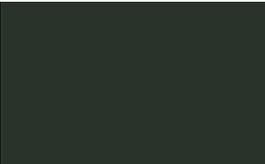
TERCEIRO SETOR PÓS-PANDEMIA: SUSTENTABILIDADE E INTERNACIONALIZAÇÃO

JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

ANA FLÁVIA CABRAL SOUZA LEITE

ANTONIO CARLOS DA SILVEIRA PINHEIRO

INÁCIO ALENCASTRO



JOSÉ MARINHO PAULO JUNIOR

É pós-doutorando pelo Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa em Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Atualmente, é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

JOSÉ MARINHO

SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS NA PÓS-PANDEMIA DO IX FÓRUM JURÍDICO DE LISBOA E O XXIV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

1. INTRODUÇÃO

Para os anais do IX Fórum Jurídico de Lisboa e do XXIV Congresso Internacional de Direito Constitucional, inspirado na palestra proferida pelo autor em 17 de novembro de 2021, o presente artigo é apresentado, perquirindo, com metodologia de revisão bibliográfica, a consensualidade em um contexto pós-pandêmico. O recorte da exposição transdisciplinar¹ não se dedica a examinar todos os métodos de resolução de conflito, mas a compreender sua interação com a nova realidade mundial, em um ambiente transnacional virtualizado.

¹ Ante a plurivocidade do vocábulo “transdisciplinariedade”, alinha-se aqui à semântica por Gustin e Dias (2006): exige linguagem científica dialógica, consistindo em estudo de um elemento através de diversas disciplinas, com sobreposição dos saberes (na multidisciplinariedade, ao contrário, quedam apenas justapostas), com conhecimento integrado e interativo entre as disciplinas, com relações, em etapa qualitativamente superior à interdisciplinaridade, postas em sistema total, sem fronteiras claras entre si. (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006).

2. A EBULIÇÃO DA CONSENSUALIDADE

O estímulo à consensualidade², com evolução da ciência de resolução de conflitos, passou a ser um novo mote em nosso ordenamento, sendo a Lei Nacional de Mediação e o Novo Código de Processo Civil emblemáticos dessa nova realidade por inúmeras outras iniciativas, em clara compreensão de que mesmo a indisponibilidade do interesse público não se confundiria com a disponibilidade de meios para atingi-lo, sendo imprópria a invocação do princípio da indisponibilidade do interesse público como óbice à sua utilização por entes públicos.³

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76)⁴, posteriormente remodelado pelo art. 14 da Lei nº 13.506/2017, o sistema normativo pátrio continha previsões esparsas e extravagantes sobre compromissos, tal como a do artigo 46, parágrafo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9394/10996). Tal tendência já vinha sendo seguida nas normas que regem as agências reguladoras, como, por exemplo, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (art. 3º, V, da Lei n.º 9.427, de 1996), Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (art. 19, XVII, da Lei n.º 9.472, de 1996), Agência Nacional do Petróleo - ANP (art. 20 da Lei n.º 9.478, de 1997) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (art. 29 da Lei n.º 9.656/1998 e art. 4º da Lei n.º 9.961/2000)⁵⁻⁶.

2 Na era da construção do consenso, é igualmente curial - e sem qualquer paradoxo - o estímulo ao dissenso, na acepção de Halis (2019), isto é, "the initiative of a behavior that offers another view, another sense, or another way of feeling to existing behavior and reality, rather than merely implying a rebellious or transgressive behavior." (HALIS, Denis de Castro. Digitalization and Dissent in Legal Cultures: Chinese and Other Perspectives. *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research* (NNJLSR) N.º 9 2019, pp. 127-152, p. 129).

3 RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. XIV, 2014.

4 Poder-se-ia retroagir ainda mais no tempo. Bastaria lembrar o longo instituto da desapropriação amigável previsto pelo Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 previa expressamente o acordo.

5 Pinho (2018, p.208).

6 Em completo levantamento dos antecedentes históricos do cabimento dos acordos envolvendo órgãos públicos, SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

A consensualidade foi ampliada por meio do acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), do compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), dos acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo Banco Central do Brasil (art. 30 da Lei nº 13.506/2017), da mediação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC (ar. 2º, VIII, Lei n.º 12.154/2009), e do compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei n.º 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remetem à arbitragem para conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afóra evidentemente a Lei nº 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei n.º 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei n.º 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei n.º 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei n.º 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei n.º 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I.

O Conselho Nacional de Justiça implantara o “Movimento pela Conciliação” em agosto de 2006, com o fito de alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos, dando origem à Semana Nacional da Conciliação, evento anual que abrange todos os tribunais do país. Em 2010, com o crescimento das demandas internas sobre o tema, foi editada a Resolução CNJ n.º 125, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário. Também foi editada a Recomendação CNJ n.º 50/2014, para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos. Ainda, a Resolução CNJ nº 198/2014, sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário para o sexênio 2015-2020, ressaltava a importância da efetividade na prestação jurisdicional, apontando como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário. Mais recentemente, a

Recomendação CNJ n.º 71/2020 orientou os Tribunais de Justiça a instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), voltados para a desjudicialização de demandas no meio empresarial⁷⁻⁸.

A pandemia que assolou o mundo no início desta década fez chegar aos tribunais brasileiros milhares de ações a si relacionadas (figura 01), somando-se às outras milhares ordinariamente tratadas por nossas cortes.

Figura 01: Ações relativas à Covid-19 no âmbito do CNJ por classe

Classe	Quantidade
Procedimento do Juizado Especial Cível	56081
Auxílio Emergencial	10371
Habeas Corpus Criminal	9924
Agravo de instrumento	4780
Mandado de segurança	4148

Disponível em: CNJ (2020)

⁷ Anote-se também a Resolução CNJ n.º 271, de 11 de dezembro de 2018, que fixa parâmetros de remuneração a ser paga aos conciliadores e mediadores judiciais, nos termos do disposto no art. 169 do Código de Processo Civil - Lei n.º 13.105/2015 - e no art. 13 da Lei de Mediação - Lei n.º 13.140/2015.

⁸ No levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, havia cerca de 80.000.000 (oitenta milhões) de processos tramitando na Justiça (CNJ. Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. p. 79).

E em tempos de enfrentamento ao COVID-19, a Justiça Brasileira avançou em direção à resolução digital de conflitos⁹, tornando realidade a *online dispute resolution* (ODR)¹⁰. A Portaria CNJ n.º 61, de 31 de março de 2020, tornou disponível plataforma emergencial de videoconferência para a realização de audiências sessões de julgamento e de conciliação¹¹.

Aliás, o Conselho Nacional de Justiça, diante do regime de isolamento social orientado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão da pandemia do COVID-19, vedou, por meio das Resoluções CNJ n.º 314 e 318 de 2020, o reestabelecimento do expediente presencial no âmbito do Poder Judiciário, determinando o trabalho remoto de magistrados, servidores e colaboradores, em busca de soluções de forma colaborativa com os demais órgãos do sistema de justiça, para realização de todos os atos processuais.

Tal movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual n.º 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual n.º 5427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos).

E assim não se deu apenas na *terrae brasilis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas¹² também migraram de adversariais a dialógicos. Bem mais do que movimentos nacionais isolados, a comunidade internacional igualmente vem cunhando novos instru-

9 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Nova Plataforma de mediação digital é apresentada pelo CNJ*. 2018. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jzB/content/id/15002299. Acesso em: 9 abr. 2020.

10 Uma realidade embrionária, com implementação gradativa e que ainda necessita de uma atuação mais concentrada do Poder Público para permitir uma ampla acessibilidade dos cidadãos à internet, carecendo, de igual forma, de um marco legal (SOUZA NETTO e FOGAÇA, 2020).

11 Aliás, a mediação digital (ou on-line, pela internet ou virtual) já fora previamente prevista pela Resolução CNJ n.º 125/2010 e pela Lei n.º 13.140/2015. Bem antes, em 2006, a Lei n.º 11.419 previa o acesso à justiça no formato eletrônico, sendo corolário do Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades (instituído pelo Decreto Federal n.º 6.9991/2009).

12 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Efeitos Colaterais Da Crescente Tendência À Judicialização Da Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 22 set. 2021.

mentos de cunho resolutivo. Embora haja, de fato, desde 1980, as Regras de Conciliação da UNICITRAL, destaca-se a Convenção sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultantes de Mediação das Nações Unidas, também conhecida como Convenção de Singapura sobre Mediação^{13,14}, da qual o Brasil foi o 54º (quincuagésimo quarto) país signatário – o que o alça a um dos mais bem-sucedidos tratados multilaterais preparados pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL).

Para além do mundo real, o mundo virtual, tal como visto acima, é alcançado pelo movimento conciliatório, passando a integrá-lo como mais um ambiente de facilitação de acordos e construção de consenso. A Diretiva n.º 11/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, na forma do Regulamento EU n.º 524/2013 e do PE-COS n.º 80/2021, em atenção ao crescimento exponencial do comércio eletrônico, dispôs sobre a resolução de disputa virtual entre consumidores e comerciantes – fonte de inspiração à Lei n.º 13.140/2015¹⁵.

Há, pois, um movimento nacional, com capilaridade nos Estados da Federação, presente em ambientes físico e virtual, paralelo ao de outros países – um fenômeno genuinamente mundial portanto – e, bem mais, em comunhão de esforços internacionais, nos quais a consensualidade é posta como pedra angular, revisitando-se posturas adversariais tradicionais.

Em termos metodológicos, ocorre vertiginosa revolução negocial¹⁶ coletiva em um meio cada vez mais virtual e com necessidade de tratamento de *Big Data*¹⁷ – no qual não se permite às ins-

13 Disponível em <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation>. Consulta em 25 ago. 2021.

14 O tratado busca facilitar o comércio internacional e promove a mediação como alternativa e método efetivo para resolver disputas comerciais, garantindo mecanismos eficazes para a aplicação de acordos internacionais de liquidação resultantes da mediação, sob fundamento de que soluções mediadas agilizam e barateiam litígios de comércio internacionais.

15 SPENGLER, Fabiana Marion Spengler. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como Política judiciária de acesso à justiça No Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018, p. 219-257.

16 Negociação” em sentido amplo; incluída, pois, a negociação assistida qualificada (a mediação), esposada aqui a concepção *lato sensu* de Ury e Fisher (1992). Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o *Uniform Mediation Act*, que dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

17 Lyons (2012) aduz que, diante da complexidade que denomina “ciclo de engajamento”

tuições o simplório *opt-out* em realidades impostas¹⁸. Migra-se do modelo único da audiência pública a novos meios dialógicos em massa, destacados dentre esses *Consensus Building Approach, Open Space Technology, World Café, Deliberative Polling, 21st Century City Hall Meeting*, além de processos circulares (com *Gacaca Courts*), narrativos, constelares e transformativos em suas formas multitudinárias¹⁹⁻²⁰.

Sob tais luzes, ao se olhar para o cenário jurídico-processual, frente a demandas processuais coletivas *lato sensu*, não bastará ao operador do direito adotar adequado veículo de diálogo em massa. Haverá de ir além, devendo lançar mão, de igual forma, de instrumento de análise quantitativo-qualitativa da informação complexa, sem o que estará diante da absurda alternativa de se perder tal inestimável dado ou de se quedar paralisado em assombro diante do que não consegue compreender. Colher dados em massa e extrair significado e sentido destes são tarefas que andam de mãos entrelaçadas²¹. A resolução de conflito reclama seu reconhecimento como ciência e não só como arte.

na mídia social, fica clarividente a necessidade de haver um sistema próprio, adequado, predisposto e igualmente complexo para tratamento da informação, constante, flutuante e contínua, que passa por tal meio digital. É tudo sem mencionar a constante ebulição de tecnologias, tais como o *Open Data*, que sonham em mudar o modo como cidadãos e governos interagem em relação a problemas que conjuntamente se prestam a enfrentar.

18 E não há, para o Direito e a Justiça, a opção estratégica de contrafluxo comportamental. Segundo Qualman (2013, p. 158), se uma instituição resiste à mudança, pode rapidamente colocar-se em uma rota de declínio daqueles que falharam em entender o novo modelo de seu negócio, ainda que com uma menor fatia do mercado – ainda maior do que fatia alguma

19 Vide PAULO JUNIOR (2015) para maior detalhamento de novos métodos de resolução de conflito em massa.

20 Vide Haskell (2011) sobre *Gacaca Courts*, experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação de processo circular restaurativo a incidentes com violência.

21 A avaliação de impacto regulatório (AIR) surge como um novo paradigma para o processo e o método de motivação e controle de escolhas com o uso de autoridade (RIBEIRO, 2019).

3. DESAFIOS DA CONSENSUALIDADE NA PÓS-PADEMIA:

A mediação digital também pode causar impactos sociais negativos, com exclusão digital²² e acentuação da marginalização de pessoas pobres. Nessa linha, pesquisa do IBGE aponta que embora a inclusão digital esteja em franco crescimento entre nós, o país ainda tinha 63,3 milhões de habitantes e 21 milhões de lares sem acesso ao serviço no fim de 2016²³. Desse contingente de desconectados, 47,7 milhões - 75% do total - afirmam que não usam a rede por falta de conhecimento ou desinteresse. Neste sentido, o Banco Mundial, em seu Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 2016: Dividendos Digitais, informava que, naquele ano, da população global, cerca de 4 bilhões não tinham acesso à rede mundial de computadores, 2 bilhões não tinham telefone celular e meio bilhão residia em área sem cobertura de sinal móvel²⁴.

Justamente por isso, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) aponta que a exclusão digital é um importante fator de desigualdade entre as nações, o que coloca os países periféricos e suas populações em situação de franca desvantagem frente aos países economicamente fortes e suas populações.

Como alertado em 2020 pelo então Secretário Geral da ONU, António Guterres, "[...] mais da metade do mundo tem acesso limitado ou nenhum acesso à internet. A inclusão é essencial para a construção de uma economia digital que traga resultados para todos".²⁵

22 Assim entendida a situação de impossibilidade ou de severa dificuldade de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação. Tal conceito, embora originalmente vinculado a aspectos técnicos (como velocidade de conexão à internet ou qualidade dos equipamentos), evoluiu para incluir fatores, notadamente individuais e sociais (idade, gênero, grau de escolaridade, renda, capacidade de compreensão do inglês, diferenças culturais, diferenças de habilidades no uso de tecnologias, motivação, autonomia, qualidade da informação, tempo diário de conexão, questões comportamentais, como a timidez), além de geográficos (zonas urbanas e rurais e seus bairros e regiões, com problema de captação de sinal). (MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. *Democracia on-line e o problema da exclusão digital*. Intexto, Porto Alegre, UFRGS, n. 30, julho de 2014, p. 102.).

23 Disponível em: <https://www.anj.org.br/site/exemplos/97-midia-nacional/5948-excluidos-digitais-sao-63-milhoes.html>. Acesso em: 13 abr. 2020.

24 BANCO MUNDIAL (BM). *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2016: Dividendos Digitais. Visão Geral*. Washington DC: grupo Banco Mundial, 2016. Disponível em: <<https://documents.worldbank.org>>. Acesso em: 22 set. 2021.

25 Disponível em: <https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2019/09/04/a-exclusao-digital-aumentara-a-desigualdade-globalalerta-relatorio-da-onu/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

Tais aspectos, conjugados aos perfis socioeconômicos dos mediandos, devem ser levados em conta no momento em que se implemente a virtualização de atos de consensualidade, para que não o seja feito de forma abrupta e improvisada, sem condições materiais de pleno acesso às novas tecnologias, tampouco condições culturais e expertise para seu uso em completude.

Spengler e Pinho²⁶ aditam a tensão crescente sob os padrões de comunicação, exigindo-se cautela entre o conectar e o desconectar de indivíduos, grupos ou regiões. Não por outra, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, dedicou-se uma comissão especialmente ao tema circunscrito a “novas formas de solução de conflitos e novas tecnologias”, sendo cunhados 19 enunciados atinentes à vulnerabilidade tecnológica, mesmo ocasional, com respeito à identidade cultural e étnica das partes envolvidas, levando em consideração fatores como nacionalidade, religião, língua, tradições, gênero, cor, idade, entre outros determinantes sociais²⁷.

26 SPENGLER, Fabiana Marion Spengler. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como Política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018, p. 219-257.

27 Destacam-se os seguintes: ENUNCIADO 150 - É garantida a participação de pessoa com deficiência no procedimento de mediação e outras formas de resolução de conflitos, com a observância da acessibilidade aos instrumentos, mecanismos ou tecnologias eventualmente necessárias para ela se expressar e ser compreendida. ENUNCIADO 151 - A parte que sofrer com falhas de conexão da internet ou dificuldade de acesso à plataforma que impeça a sua participação ou a continuidade de sua participação nas sessões e audiências virtuais não poderá ser prejudicada e poderá solicitar a remarcação da sessão ou sua realização por outro meio. ENUNCIADO 153 - Constatada a vulnerabilidade tecnológica do indivíduo no âmbito judicial e/ou extrajudicial, a Defensoria Pública poderá ser solicitada a cooperar no processo de inclusão digital, bem como o indivíduo que encontrar dificuldades tecnológicas poderá procurar apoio dessa instituição para participar de ato processual virtual. ENUNCIADO 154 - A aplicação dos meios adequados à resolução de conflitos deve respeitar a identidade cultural e étnica das partes envolvidas, levando em consideração fatores como nacionalidade, religião, língua, tradições, gênero, cor, idade, dentre outros determinantes sociais, prestigiando sempre a autonomia individual e prestando esclarecimentos às partes envolvidas no conflito acerca dos procedimentos utilizados para solução da lide. ENUNCIADO 155 - Constatada a vulnerabilidade tecnológica do indivíduo para a participação em determinado ato processual, o magistrado pode facultar a realização do ato na sua forma híbrida ou presencial. ENUNCIADO 156 - As plataformas de ODR, privadas ou públicas, buscarão, sempre que possível, atender a critérios de acessibilidade digital para grupos possivelmente marginalizados pela exclusão digital, como a compatibilidade com meios de tecnologia para viabilizar acesso a pessoas com deficiência. (BRASIL. Justiça Federal. II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. 57p. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Consultado em 15 out. 2021)

Os métodos consensuais de resolução de conflito não guardam consigo solução única infalível para todo e qualquer conflito. Há, sim, limites aos meios alternativos de resolução de conflito, que, longe de simplórios, são profundamente complexos, sujeitas até mesmo suas bases ontológicas a críticas ácidas e incisivas²⁸. A percepção de que a *Adequate Dispute Resolution* seria, sob quaisquer destes aspectos, inexpugnável é de todo irreal.

Pinho e Paumgarten²⁹ afirmam que a institucionalização e a participação obrigatória em sessões de mediação, embora pareçam soluções rápidas e eficazes, são, na verdade, esquemas que comprometem a essência do instituto. Ao deixar a mediação à sombra de um Tribunal ou punir as partes que resistem ao convite para mediar, fere-se a sua identidade (com processualização ou patrimonialização do método, e, em ambos os casos, com resultado final aquém das expectativas). Não se pode transformar a mediação num remédio para curar a ineficiência da administração pública.

Adita-se a tudo isso a constatação de que a tecnologia de comunicação, em seu estado da arte, ainda não é capaz de veicular, em sua plenitude e com toda sua complexidade, a comunicação animal. Comunicar-se com alguém, fazendo a mensagem – mesmo audiovisual – atravessar dois monitores de computadores diminui a densidade de comunicação, tal como demonstra a curiosa constatação de que, em um jantar à luz de velas, as pupilas dos presentes sofrem uma quase imperceptível dilatação, que, em instituto animal arcaico do ser humano, é inconscientemente compreendido como interesse sexual, acarretando descarga de hormônios na corrente sanguínea³⁰. Nenhum computador ainda é capaz de tamanhas sutilezas.

28 Neste sentido, PAULO JUNIOR, José Marinho. *Limites dos Meios Alternativos de Conflito. In Contemporary Tendencies in Mediation*. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (org.). Espanha: Editorial Dykinson, 2015.

29 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Efeitos Colaterais Da Crescente Tendência À Judicialização Da Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 22 set. 2021.

30 CRASSEY, Jason. *More than Words: Understanding Body Language*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Leadership, 2013, p. 6-14.

Nada disso, porém, afasta a constatação igualmente importante de que meios consensuais não podem ser descartados enquanto parte integrante e complementar de um todo, de um sistema de resolução de conflito. A simplória exclusão de meios alternativos por conta de sua falibilidade deveria levar, também e por iguais motivos, à ceifa dos meios judiciais clássicos.

Perfeição não há em nenhum destes. Ao revés, a “polifonia de abordagens”, em feliz expressão por Duarte e Iório Filho³¹, é que torna mais rico o sistema resolutivo, que deve comportar, de acordo com o conflito em foco, um meio adversarial ou consensual que lhe seja mais adequado. Não deve ser a mediação a única via ou sequer. Não se amolda o problema ao método, mas o método ao problema, na letra de Danesh et al³². Segundo Gewurz³³, a variedade de meios de processamento de conflito, ainda quando nenhum desses seja infalível, reduz o grau de falibilidade do sistema de resolução de conflito. Em outras palavras, a soma das falibilidades das partes isoladamente consideradas é menor que o produto dessa mesma soma, quando em conjunto.

Métodos consensuais de resolução de conflitos são imperfeitos. Inobstante, o sistema de resolução como um todo se torna menos falível por contar com cada uma de suas variadas partes.

31 DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. Introdução: A mediação de conflitos como objeto e as suas várias vozes. In: *Mediações: práticas, discursos e reflexões*. Fernanda Duarte, Rafael Mário Iório Filho, Ana Paula faria Felipe, Delton Meirelles (Coordenadores). Niterói: PPGSD - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2017, p. 3-6.

32 DANESH, Roshan. *Integrating Conflict Theory and Practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

33 GEWURZ, Ilan. *Re-Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

4. CONCLUSÕES

O desafio de readequação de todos os atores à nova realidade pós-pandêmica cultural transnacional, que impacta todos nós, exige saber transdisciplinar atento à ebulição da consensualidade em todo o mundo e aos limites da virtualização. Projetam-se operadores - especialmente, os de controle (como Tribunais de Contas e Ministério Público) - sensíveis e abertos ao diálogo, em abandono à formação adversarial que caracterizou as anteriores gerações de profissionais do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO MUNDIAL (BM). *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2016: Dividendos Digitais. Visão Geral*. Washington DC: grupo Banco Mundial, 2016. Disponível em: <<https://documents.worldbank.org/pt/publication/documents-reports/documentdetail/788831468179643665/relat%c3%b3rio-sobre-o-desenvolvimento-mundial-de-2016-dividendos-digitais-vis%c3%a3o-geral>>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Justiça Federal. *II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. 57p. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Consultado em 15 out. 2021)

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019*/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019.

CRASSEY, Jason. *More than Words: Understanding Body Language*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Leadership, 2013.

DANESH, Roshan. *Integrating Conflict Theory and Practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário. Introdução: A mediação de conflitos como objeto e as suas várias vozes. In: *Me-*

dições: práticas, discursos e reflexões. Fernanda Duarte, Rafael Mário Lório Filho, Ana Paula faria Felipe, Delton Meirelles (Coordenadores). Niterói: PPGSD – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, 2017, p. 3-6.

GEWURZ, Ilan. *Re-Designing Mediation to Address the Nuances of Power Imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006.

HALIS, Denis de Castro. Digitalization and Dissent in Legal Cultures: Chinese and Other Perspectives. *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research* (NNJLSR) Nº. 9 2019, pp. 127-152.

HASKELL, Leslie. *The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*. Human Rights Watch (30 maio 2011). Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>>. Acesso em: 22 abr 2020.

LEVITT, Theodore. *A imaginação de marketing*. 2 ed. Tradução de Auripebo Berrance Simões. São Paulo: Atlas, 1991. p. 56-57. Título original: *The marketing imagination*.

LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. *Democracia on-line e o problema da exclusão digital*. Intexto, Porto Alegre, UFRGS, n. 30, julho de 2014, p. 102.

PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos Modernos de Resolução de Conflito em Massa. Rio de Janeiro: *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, n.º 52, 2015.

_____. Limites dos Meios Alternativos de Conflito. In *Contemporary Tendencies in Mediation*. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (org.). Espanha: Editorial Dykinson, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DUARTE, Marcia Michele Garcia. Interdisciplinaridade, Complexidade e Pós-Modernidade: Pre-

missas Fundamentais para a Compreensão do Processo Civil Contemporâneo, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* (RJLB, Ano 4 (2018), nº 4, p. 955-999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAULO JUNIOR, José Marinho. *A Cultura da Consensualidade e o Ensino Superior*. No prelo.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Efeitos Colaterais Da Crescente Tendência À Judicialização Da Mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Volume XI (2013). Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.

RIBEIRO, Daniel Lima. *Adaptive Regulatory Impact Assessment: Beyond the Foresight-Hindsight Divide* (set 2019). Disponível em: <<https://www.researchgate.net/project/Adaptive-Regulatory-Impact-Assessment-Beyond-the-Foresight-Hindsight-Divide>>. Consulta em: 13 maio 2020. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. XIV, 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, v. XIV, 2014.

SOUZA. Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA NETTO, José Laurindo. FOGAÇA, Anderson Ricardo. *Métodos consensuais de solução de conflitos no ambiente digital em tempos de pandemia*. In: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial - CONPEDI - SKEMA, 2020. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/x2c7701f/2gddgklv/LeIKfY1O4YjeZDw1>. Consultado em 19 ago 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion Spengler. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como Política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018, p. 219-257.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics- How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed.. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Nova Plataforma de mediação digital é apresentada pelo CNJ*. 2018. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/home/-/asset_publisher/9jZB/content/id/15002299. Acesso em: 9 abr. 2020.

URY, William. FISHER, Roger. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992.



ANA FLÁVIA CABRAL SOUZA LEITE

É mestre em Gestão de Políticas Públicas de Cultura pela Universidade de São Paulo. Atualmente, é vice-presidente executiva do Conselho Curador da Fundação Orquestra Sinfônica Brasileira.

ANA FLÁVIA CABRAL

SUSTENTABILIDADE NO TERCEIRO SETOR PÓS-PANDEMIA

O CASO DA ORQUESTRA SINFÔNICA BRASILEIRA

Este artigo foi escrito quatro meses após eu ter apresentado a palestra no IX Fórum Jurídico de Lisboa, e nesses quatro meses tivemos algumas reviravoltas e mudanças conjunturais de contextos globais. A volta da pandemia, junto à ascensão dos casos da variante Ômicron, compromete de certa forma a intenção de construirmos um raciocínio em um quadrante temporal de pós-pandemia, porém, pavimenta um dos argumentos essenciais da minha análise no que tange à sustentabilidade da cultura, aqui tratado propriamente acerca da Orquestra Sinfônica Brasileira.

Talvez de todos os temas que o Terceiro Setor abarca no Brasil a cultura seja aquele mais movediço e menos sustentável, digamos assim, por duas razões: (i) em termos de gestão, porque não existem políticas públicas consistentes que priorizem e defendam a cultura; (ii) no seu âmago, porque a cultura representa justamente o constante estado de permanência dos seres humanos.

Por meio de linguagens artísticas a cultura é senão a concretização da nossa vulnerável condição humana, que carrega consigo, paradoxalmente, a força de contundir, de despertar, de expressar e de propor alternativas a contratos sociais que vão se tornando obsoletos na medida em que vamos nos percebendo mais frágeis como coletivo.

Somos todos indivíduos que se somam no condomínio de um planeta, igualmente vulneráveis a sofrer desastres naturais e sanitários horizontalmente. Nem religião, nem fronteira, nem economia, nem barreiras intelectuais são capazes de nos distinguir ou proteger efetivamente quando se trata do risco de perda da vida. A vida se inicia e se acaba para cada um de nós, mas podemos escolher como viver e construir a melhor jornada coletivamente.

Iniciei a revisão do artigo antes de encaminhar para a publicação bem no dia em que a Rússia invadiu a Ucrânia. Passei cinco dias até a conclusão do artigo atenta aos movimentos de uma guerra sem sentido para um mundo globalizado e multiétnico, que representa culturalmente um grande mosaico de referências híbridas e aglutinadas.

Falar sobre a sustentabilidade da Orquestra Sinfônica Brasileira não poderia ser mais oportuno neste contexto de geopolítica e de “geosaúde”, pois a cultura se move, comprime, evolui ou involui fundamentalmente a partir de fatos sociais, fatos políticos. Dinâmicas regionais impulsionam a construção de cultura local da mesma forma que gramáticas políticas movimentam uma cultura global, sobretudo se a origem dos fatos seja algo que agride a dignidade da pessoa humana. A cultura como linguagem é a forma de interagir dos seres humanos na escala mais particular possível e também capaz de conectar povos em uma transversal global. Estamos, afinal, na era da tecnologia e a internet nos permite acessar praticamente tudo que acontece em quase todos os lugares do mundo.

As artes perpassam a história da humanidade. Enquanto meio de expressão, elas conectam gerações através dos séculos, consolidando tradições e inspirando vanguardas a partir da representação

ou necessidade de mudanças conjunturais. De todas as artes, a música é a que guarda a maior potência, seja pelo poder do som de nos tocar e assim criar impulsos de comportamento, seja pelo fato de fisicamente não haver barreiras para sua criação e existência. A música é a maior criação do espírito humano e é capaz de acontecer sem a mediação de nenhum objeto ou ferramenta, basta a voz ou o corpo.

A guerra e as conseqüentes reações civis por todo o mundo provam que o investimento na manutenção de discursos de dominação cultural ou mesmo de afirmação de valores identitários fundamentalistas, puristas e intolerantes não condizem mais com os povos do século XXI, sejam do oriente ou do ocidente.

Em particular o conflito entre Rússia e Ucrânia suscita a percepção inevitável de que todos os povos são titulares comuns de direitos conquistados sobretudo após a 2ª guerra mundial e que essas gerações multiculturais e multiétnicas que compartilham o mesmo planeta – e que estão mais preocupadas com o meio ambiente – estão dispostas a honrar seus ancestrais e fazer valer a conquista incontornável dos direitos humanos.

Os movimentos de resistência consubstanciam essencialmente a afirmação, a conquista e o exercício de direitos, em especial o de se expressar, de escolher, de ir e vir de onde e para onde for.

A música historicamente é uma ferramenta de efetivação dos direitos humanos. Enquanto linguagem de poder, foi usada para confrontar totalitarismos e movimentos de opressão ao mesmo tempo em que oferece espaço de entendimentos e consensos, construção de diálogos democráticos, unindo sujeitos diferentes e plurais, independente de fronteiras geográficas ou barreiras políticas. A música oferece formas de ver o mundo que podem coexistir em suas particularidades, objetivos, origens e referências culturais diversas.

Falar sobre as interações sociais a partir da cultura invoca a ideia de amor-próprio, de amor pelas suas riquezas culturais de referência, de amor por uma nação, de amor como um indivíduo que res-

peita os demais dentro de um coletivo. Esse entendimento de solidariedade, que decorre de um campo afetivo, fez com que povos ao redor do mundo se irmanassem em uma reação de apoio em favor do povo ucraniano.

Nascer dentro de um território limitado por fronteiras não é mais somente o que determina pessoas em um contexto cultural. Na realidade da globalização, quase todos podem acessar o conhecimento de outras culturas, viver em outros países, aprender outras línguas, culinária, música. Fazer parte de uma cultura pode ser o exercício de um direito de escolha, de escolher onde pertencer, especialmente se priorizarmos a premissa de que os povos que habitam a Terra são uma grande mistura étnica consubstanciada por movimentos migratórios de séculos, sem se falar nas práticas de colonização.

O texto em epígrafe é o trecho de um livro que tenho há 13 anos. Ele foi publicado há 20 anos, mas sempre me parece atual exatamente porque as construções que os autores conduziram emergem de análises imanentes à humanidade e partem da música para todas as reflexões. São paralelos e paradoxos da sociedade a partir dos diálogos reflexivos entre o filósofo Edward Said, palestino e o músico Daniel Barenboim, israelense.

Edward Said, ao tratar da sociedade americana, critica o que ele chama de “nacionalismo importado”, em relação aos movimentos que tentam fundamentar uma cultura norte-americana, esquecendo-se que os Estados Unidos são fundamentalmente uma sociedade de imigrantes. Sugere, então, o que adoto como um dos principais paralelos para nossa análise, que: “Lugares como a universidade e a orquestra – esses lugares das artes e da ciência em que se dá a vida por um ideal – deveriam ser lugares de estudo, e não de simples afirmação e consolidação”¹.

Se tomarmos por base este argumento de Said para pensarmos a conformação demográfica dos povos do mundo atualmente, por razões semelhantes ao que aconteceu na história dos povos

1 BARENBOIM, Daniel; SAID, Edward. **Paralelos e Paradoxos**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2003.

nômades e mesmo em função da necessidade de se buscar melhores condições de vida (seca, intempéries da natureza) e, no caso de alguns povos, pela necessidade de fuga de governos opressores e genocidas, a história em geral é caracterizada por movimentos migratórios e diaspóricos. Tais movimentos fizeram dos Estados-Nação espaços de somas culturais e de referências híbridas². Com o passar do tempo, essa fusão de culturas de povos expatriados passou a ser o elemento fundante de povos nacionais, perpetuados nas novas gerações.

Essas noções das culturas híbridas, dos povos somados, da globalização econômica, e agora sob as perspectivas mais recentemente difundidas em nível global acerca da Terra como um grande condomínio ambiental – para o qual também se buscam medidas em nível mundial e com a responsabilização de todos os sujeitos moradores do planeta –, nos apresentam, portanto, o primeiro paradoxo em relação à eficácia dos nossos contratos sociais regionais: se grande parte de nós descende de uma mistura de vários povos, sendo responsáveis pelo uso sustentável da mesma terra e igualmente vítimas dos mesmos vírus (algum aprendizado precisamos trazer da epidemia da covid-19), será que não deveríamos pensar em como construir fortalezas supranacionais sob a perspectiva do humano que vive em um coletivo global?

Somo a música a essa ideia. Não há fronteiras para a música. A ciência da música pode ser acessível a todos em termos de conhecimento técnico, e em termos de bem cultural ela se faz presente em todas as sociedades de formas distintas. É uma ferramenta que permite o desempenho de papéis políticos importantes, tem inúmeros usos terapêuticos, dá voz a todas as pessoas, inclusive portadoras de deficiência, promove a organização de emoções e sentimentos e, acima de tudo, a música conecta pessoas, nos conecta coletivamente, da forma mais genuinamente humana. Destaco ainda a sua faceta mais poderosa: a música como prática de resistência e como exercício democrático de direitos da pessoa humana.

2 CANCLINI, Nestor Garcia. **Culturas Híbridas**. São Paulo: EDUSP, 2008.

Tecnicamente uma frase musical é composta por várias notas, aglutinadas segundo regras da física (o som é um elemento físico), como harmonia, volume, velocidade, intensidade. Uma sinfonia, como um exemplo de forma de expressão musical, é composta por inúmeras frases musicais (compassos), que por sua vez são organizadas segundo uma história que seu compositor pretende contar, exprimindo pensamentos, emoções, críticas políticas, sociais e por aí vai. Mensagens plurais. Os intérpretes (e maestros), a seu turno, precisam dominar não só a técnica propriamente dita, mas todas as noções de coletivo para que se execute a sinfonia da forma como se rege pela sua composição. Assim, cada um dos músicos precisa cumprir a sua parte, com capacidade e responsabilidade exigidas, de forma que se chegue ao resultado da execução da sinfonia. A performance de uma sinfonia pressupõe uníssonos e invariavelmente a construção de consensos. A prática sinfônica é um perfeito paralelo com o exercício de cidadania em um regime democrático: todos são parte de um todo, cada qual com seus direitos e deveres, sob um regime de freios e contrapesos, segundo uma norma, a escrita musical ou a carta constitucional.

A performance de uma sinfonia pressupõe uníssonos e invariavelmente a construção de consensos. A prática sinfônica é um perfeito paralelo com o exercício de cidadania em um regime democrático: todos são parte de um todo, cada qual com seus direitos e deveres, sob um regime de freios e contrapesos, segundo uma norma, a escrita musical ou a carta constitucional.

Falar em sustentabilidade no pós-pandemia é algo desafiador para qualquer organização, empresária ou social, até porque *ainda* estamos compreendendo a extensão dos danos e consequências. Contudo, sob a perspectiva da razão de existir do Terceiro Setor – integrado por instituições sem fins lucrativos em geral de caráter educacional, cultural, filantrópico e social, ou seja, aquelas cuja finalidade é a de promover algum tipo de bem social – talvez tenha sido o setor da economia que mais se desenvolveu na pandemia, não sob o viés financeiro, mas sob a ideia da sua importância fundamental para a sociedade.

A sociedade civil formalmente organizada – sob as formas jurídicas de fundações e associações – conforma o Terceiro Setor. Organizações culturais integram esse setor, como a Fundação Orquestra Sinfônica Brasileira.

Na pandemia, tudo esteve em risco: da existência da humanidade até economias consolidadas de países ricos e historicamente estáveis. Sustentabilidade foi um tema que emergiu com toda a força e, conseqüentemente, as interações humanas de todas as ordens caíram em revista sob várias óticas.

As conseqüências da pandemia sobre a economia global foram intensas e inescapáveis, fazendo suscitar emergências da nossa vulnerável condição humana, para além da nossa limitada capacidade de lidar com o novo vírus, levando aos abismos das desigualdades sociais, como a fome, a falta de moradia, a falta de assistência à saúde, renda, em suma, à indignidade da pessoa humana para milhões de pessoas ao redor do mundo.

Muitas empresas se sensibilizaram e se organizaram para empreender esforços nessas frentes, destinando recursos humanos e financeiros às mais variadas causas geradas ou aprofundadas pela pandemia. As redes de mobilização e articulação mantidas e hipertrofiadas do Terceiro Setor foram fundamentais nessas forças-tarefas, em conjunto com os recursos das empresas. Talvez não tenhamos presenciado em outro momento da história das sociedades modernas uma articulação tão bem-sucedida entre os três setores: governos, empresas e terceiro setor somaram esforços substanciais em parcerias verdadeiramente efetivas que permitiram a distribuição de toneladas de alimentos, insumos médicos e de saúde, água e demais bens imprescindíveis à vida. O mesmo aconteceu com a música, não no sentido da imprescindibilidade à vida no seu sentido biológico, mas no sentido da saúde mental, em especial em função do isolamento social.

Difícilmente alguém que possua um *smartphone* em qualquer lugar do mundo tenha deixado de acessar ou receber algum conteúdo musical durante a pandemia. A música conectou pessoas

através das fronteiras, dos limites de tempo e espaço, pelo mundo inteiro. Em formato audiovisual ouvimos músicos tocando, sozinhos ou agrupados em “quadrinhos”, seus instrumentos, em uma tentativa de espalhar vida e beleza, fazendo reverberar pelos oceanos suas notas musicais de acalanto, afeto, humanidade, empatia e... vida! Um grande exército em prol da vida e da esperança.

Foi esse o lugar que a Orquestra Sinfônica Brasileira ocupou durante toda a pandemia: fomos para casa, mas decidimos que a música não poderia parar e que seria nossa missão fazer chegar música nas casas, nos hospitais e nos espaços de outras pessoas. Assim, a OSB ajudou a cuidar de milhões de pessoas ao redor do mundo, com a música que construímos “juntos” a partir de nossas casas.

Como foi possível manter a coesão do grupo e a disposição em olhar para o outro sendo que todos nós também atravessávamos a mesma crise, angústias, medo e necessidades particulares de cada um? Talvez aqui esteja a resposta mais contundente acerca da necessidade da arte em nossas vidas: o artista é um ser capaz de dissolver sua individualidade na hora que precisa ser capaz de extrair o todo de si para levar algo aos outros. O artista é aquele que tem a função de propagar as criações do espírito humano, sobretudo em situações de questionamento, desilusão e frustração.

Instituições como a Orquestra Sinfônica Brasileira têm, portanto, o fundamental papel de congregar esforços e institucionalidade para viabilizar a perpetuação das artes por meio do concurso pessoal dos artistas. Todavia instituições culturais no Brasil sempre estiveram em risco e a reboque da “insustentabilidade” de governos que não priorizam a cultura. A circunstância da pandemia, somada à inexistência histórica de políticas públicas e de uma cultura de filantropia, nos colocou no cenário do caos.

A música é uma arte do tempo. Toda a sua curvatura de produção – escrita, interpretação, o fazer musical e a fruição – é notada desde os primórdios da humanidade. Como o Maestro Marcos Arakaki registrou em seu livro “A história da música clássica”, em 3000

a.C. no Antigo Egito já se registrava o fazer musical, os conhecimentos e os instrumentos musicais, naquela época reservados aos sacerdotes³. Na Grécia Antiga, em 1100 a.C., há registro dos usos da música como entretenimento. Os gregos valorizavam muito a música, sobretudo sua função educativa. Pitágoras considerava a música medicina para a alma, Aristóteles acreditava que a música poderia proporcionar uma catarse emocional e Platão falava dos usos da música e o despertar de emoções nas pessoas.

A música "erudita" no Ocidente começa com a expansão das comunidades cristãs entre os séculos I e VI. A mais antiga coletânea musical da história é assinada por uma monja nascida na Alemanha (1098-1179) chamada Hildegarda von Bingen. Setenta e cinco composições de sua autoria chegaram até o nosso tempo. O registro da primeira organização orquestral data de 1448, a Orquestra Real Dinamarquesa.

A perpetuação da música ao longo do tempo é o elemento fundante da ideia que a música é a arte da resistência. Entretanto a omissão, o desinteresse pelo ensino musical e a negligência em relação a nossas orquestras é a melhor forma de enterrar grande parte do que de mais belo o homem já criou.

Durante a pandemia da Covid-19 a linguagem artística que mais se difundiu entre os povos foi a música, e muito se deve aos integrantes de orquestras ao redor do mundo. Felizmente a tecnologia permitiu que a música nos alcançasse, nos conectando, nos despertando bons sentimentos, nos unindo em uma dimensão de humanidade globalmente reunida em prol da vida. A música contribuiu não só para os danos de saúde mental em virtude do que se atravessou durante a pandemia, mas também será capaz de auxiliar no tratamento dos danos de natureza psicológica pós-pandemia.

O primeiro ano de pandemia, 2020, era para ser um ano intensamente celebrado em razão dos 80 anos da Orquestra Sinfônica Brasileira, a OSB.

3 ARAKAKI, Marcos. **A História da música através do tempo**. Belo Horizonte: Ed. do autor, 2018.

Antes disso é necessária uma breve digressão. A OSB atravessou sucessivos cenários de dificuldades financeiras desde a sua criação em 1940. Contudo, o propósito de dotar o Brasil de uma grande orquestra, sob as diretrizes de seus idealizadores que contavam, inclusive, com apoio do governo federal (lembramos que o Rio de Janeiro era a capital do país) e de empresários cariocas, projetava sobre a OSB a expectativa de que fosse a principal intérprete dos grandes compositores da música de concerto. Era um sonho compartilhado por diversos agentes de peso daquela sociedade e que reunia os melhores músicos do Rio de Janeiro e do país.

O projeto de criação de uma orquestra que representasse o Brasil nasceu muito antes da OSB. Em 1907, o então diretor do Instituto Nacional de Música, Alberto Nepomuceno, apresentou um pedido ao governo federal para inclusão de uma dotação no orçamento público destinada à criação de uma orquestra de relevância e missão nacionais. As décadas seguintes fizeram convergir os fatores conjunturais determinantes para o rebento: movimentos culturais, novas visões da administração pública para as políticas culturais, como o anteprojeto de proteção ao patrimônio histórico a cargo de Mário de Andrade, a emergência da arte moderna e a criação da primeira pasta oficial dedicada à cultura no Brasil em 1935 – o departamento de cultura de São Paulo –, são alguns exemplos que indicavam uma agenda para a cultura. Em 1940, deu-se então o cenário propício para a criação da OSB na capital federal e assim nasceu a orquestra que viria a representar a cultura da música, mais especialmente da música brasileira dentro e fora do país.

Desde então, a OSB tocou com os principais nomes da música do mundo, maestros e solistas. Tocou, também, nos principais palcos do Brasil e do mundo. Mas a OSB, especialmente, foi quem revolucionou a visão sobre a música de concerto no Brasil. Tocar com os grandes nomes da música de concerto e nos principais palcos do mundo é o mister de qualquer orquestra que se pretenda de renome, é a meta e também o que o público iniciado espera, porém sair dos palcos, ocupar as ruas e praças das cidades e tocar para centenas de milhares de pessoas foi algo totalmente inovador,

único, um feito jamais visto na história do Brasil, nem antes e nem depois da OSB – há registros de concertos com 100, 200, 500 mil pessoas.

Era a década de 1970 e nascia o projeto Aquarius, criado sob medida para a Orquestra Sinfônica Brasileira. Os concertos para a juventude e suas turnês, outra tradição de décadas da OSB, alçaram a orquestra a marcas impressionantes, compatíveis com as grandes orquestras do mundo. Ao longo de toda sua trajetória a OSB contabiliza mais de 5 mil concertos e 7 milhões de espectadores.

A OSB também lançou grandes instrumentistas da música brasileira. De um lado, os concertos para a juventude foram concebidos para democratizar o acesso à música de concerto, e de outro, para permitir o surgimento de talentos como Nelson Freire, Cristina Ortiz, Antônio Menezes, Arnaldo Cohen, entre tantos outros. Em 1944, a OSB realizou o primeiro concurso de composição nacional, revelando Claudio Santoro, que veio a se projetar internacionalmente como um dos grandes compositores da música brasileira.

A OSB é uma das orquestras que mais estreou obras de compositores brasileiros, afinal, esse sempre foi um de seus principais objetivos. Grandes maestros brasileiros, como Eleazar de Carvalho, Isaac Karabtchevsky e Roberto Tibiriçá se formaram e se projetaram internacionalmente regendo a OSB. Segundo nos conta Sergio Nepomuceno Alvim Correa, testemunha dos fatos, alguns dos elogios que a OSB grava em sua história vieram de Paul Hindemith, que estivera no Brasil especialmente para uma residência artística com a orquestra. São apenas alguns dos fatos que tecem a história da música que a OSB promoveu e que servem como fio da meada para a história de outras orquestras brasileiras.

Quando chegamos em 2020, a OSB vinha da sua maior crise financeira. O ano de 2016 foi o maior pesadelo financeiro da sua história, resultado da descontinuidade simultânea de patrocínios de seus principais mantenedores e da retirada inesperada do apoio financeiro da prefeitura da cidade do Rio de Janeiro. Nos deparamos

com a necessidade de suspender a temporada artística por quase dez meses enquanto amargamos nove meses sem poder pagar salários por falta de recursos.

Diante da crise instaurada, decidimos testar a reestruturação da instituição a partir da renovação do quadro executivo e da mudança de diretrizes artísticas da própria Orquestra. Todos os colaboradores da área administrativa tiveram que ser desligados, a fim de conter despesas. Aos músicos foi oferecida a flexibilização do contrato de trabalho, permitindo que buscassem atividades paralelas visando a seu sustento. O Conselho Curador assumiu rotinas mais frequentes de acompanhamento e monitoramento das atividades, com reuniões semanais de comitê dedicado à supervisão executiva. Buscamos a eleição de duas novas comissões: a Comissão dos Músicos e a Comissão Artística, que passaram a integrar o processo de tomada de gestão da instituição. Nascia o novo modelo de gestão, com responsabilidades compartilhadas e transversais. Assim, acordada a nossa estrutura operacional, criamos condições para o desenvolvimento dos novos projetos que permitiram que chegássemos até 2020. Estávamos reconstruindo laços institucionais internamente, guiados por um propósito comum: o bem da instituição e a construção de sua nova missão. Não era mais somente um conjunto de grandes músicos, havíamos de perseguir a sobrevivência da instituição, antes de qualquer coisa.

Desta forma, em compasso de mútua colaboração, fomos buscando novos propósitos para os atributos dessa instituição cuja história se confunde com a do nosso país. A principal ferramenta do processo foi o diálogo, feito por meio de conselhos, administração e músicos que se comprometeram com uma rotina de monitoramento de projetos e de participação nos processos de tomada de decisão, o que por sua vez elevou o nível de confiança de parte a parte e o fortalecimento do espírito de equipe, sem o qual não seria possível traçarmos um novo rumo.

O novo modelo de gestão estabeleceu a imprescindível tarefa de implantar rotinas de análise de conformidade em relação às leis de incentivo fiscal e de aprimoramento dos controles internos.

Era necessário nos comprometermos perante os órgãos de controle, Tribunais de Contas, Ministério da Cultura e o Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, órgão responsável pelo velamento da OSB e que vem zelando pela fundação desde sua constituição como pessoa jurídica, em 1966. Reabrimos os processos de prestação de contas dos últimos 15 anos, em uma tarefa de esforço conjunto com as equipes do Ministério da Cultura, de forma que a Fundação OSB voltou a captar recursos em 2017.

Uma vez estabelecidas as rotinas administrativas e a estrutura jurídico-operacional necessária à manutenção da Fundação, passamos para a revisão do papel social da Orquestra, tarefa essa que nos exigiu processos de reflexão coletiva. A partir dessa busca interna, decidimos adotar algumas premissas, como o resgate dos atributos da OSB, sobretudo os de tradição e de seu valor histórico; a necessidade de se fortalecer sua legitimidade social, trazendo o foco para as pessoas e o potencial de promover o desenvolvimento humano por meio da música; definir as estratégias para gerar valor local e buscar a percepção global.

Assim, procurando estabelecer o diálogo por meio da música, criamos projetos para promover a responsabilidade social das empresas, sempre com respeito às identidades e às riquezas locais das comunidades. Surgiu assim o Conexões Musicais, uma nova era para a promoção da democratização do acesso à cultura e à música de concerto, direcionado a regiões de baixo IDH de todo o Brasil.

Por meio de parcerias com empresas privadas, o projeto tem o condão de orientar o investimento social com apoio da lei federal de incentivo à cultura para o desenvolvimento social através da música. Estudamos os territórios impactados pela sua atividade econômica e propusemos um projeto cujo elemento central é somar o bem cultural da OSB às riquezas culturais locais, sem determinismo cultural e com respeito às pessoas e à diversidade cultural. Um projeto ESG - *Environmental, social and corporate governance*.

O Conexões Musicais, a partir de então, atraiu outros patrocinadores e ajudou a retomada das atividades da OSB. Novos patrocínios vieram. A música da OSB voltou a tocar, mas agora de outro jeito: somos orquestra de todos e para todos, que leva o Brasil no nome.

Embora tenhamos conseguido voltar aos palcos e arrecadar o mínimo para o sustento da instituição até aqui, ainda vivemos situação de dificuldade financeira. É sabido que nossa sociedade ainda não abraça de forma suficiente suas instituições culturais. Já as leis de incentivo à cultura, apesar de serem fundamentais, não oferecem a estabilidade necessária para planos de manutenção a longo prazo, muito menos quando nos vemos sob a gestão de governos que não têm a cultura como agenda prioritária. Essa é mais uma razão pela qual nos dedicamos à constituição do nosso fundo patrimonial - *Endowment*. Embora o fundo patrimonial não seja uma novidade para a OSB, isso ainda parece uma utopia.

Se, por um lado, a lei federal de incentivo à cultura viabiliza a existência da instituição, de outro, não há aparato legal adequado para uma reestruturação administrativa tal qual a lei de recuperação judicial e extrajudicial, que serve apenas para empresas (lembrando que a Orquestra é administrada por uma fundação). Assim, o processo de reestruturação implantado pela gestão foi realizado quase que artesanalmente, com a dedicação de renomadas bancas de advocacia, mediante trabalho *pro bono*, e contou com o engajamento de fornecedores e parceiros de longa data.

Todo o conjunto de leis no Brasil ainda é deficiente em relação à gestão de instituições sem fins lucrativos. A inexistência de aparato legal e regulamentação foram fatores que dificultaram ainda mais o complexo processo de crise da OSB.

Pouco se menciona publicamente, mas muito sabemos do nosso dia a dia que grande parte das últimas gerações profissionais de músicos foi formada pelo excepcional trabalho das bandas de música, das igrejas evangélicas e de projetos sociais. Onde falta o estado, a sociedade se organiza. O Conexões Musicais da OSB também atua no campo de formação e aperfeiçoamento técnico de jovens

talentos, e temos o intuito de contribuir com esses movimentos da sociedade que não deixam morrer a profissão de músico.

Quanto mais dificuldades surgem no seu horizonte, mais forte ele se torna. É o seu território afetivo, como costume dizer, são os laços históricos, atávicos, com um público que ele mesmo ajudou a formar. É um fenômeno de resistência, de persistência.

E assim chegamos em 2020, exauridos das batalhas, mas de posse de um projeto de futuro para comemorar os 80 anos de Orquestra, apesar de não termos sede artística e com recursos financeiros limitados ao pagamento de salários, pois nosso orçamento não nos permitia fazer investimentos em programação. E então veio a pandemia, uma semana após a grande abertura da temporada dos 80 anos. O que já era inacreditável por si só era ainda mais incrível sob a perspectiva dos cinco anos anteriores pelos quais a OSB tinha passado. Não teve outro jeito a não ser cancelar a temporada, ir para casa, respirar fundo e inventar um novo jeito de viver e fazer música.

Durante a pandemia, nos ampliamos no tempo e no espaço. A internet passou a ser o nosso palco. Nossa forma de transmitir conhecimento e esperança para um número histórico de pessoas. Tocamos para nove milhões de pessoas ao redor do mundo. A música não parou um dia sequer e interligamos o país com as atividades do projeto Conexões Musicais, garantindo o direito fundamental constitucionalmente assegurado de acesso à cultura.

Em 2021 as dificuldades não cessaram, mas acreditamos no poder de resistência da música e seguimos com nosso compromisso de fazê-la perseverar, apesar dos pesares. Mais do que qualquer coisa, esta é uma tarefa de resignação e persistência.

Por tudo que já dissemos sobre o poder da música e com a consciência sobre o papel social que a OSB exerce, é nosso dever seguir lutando pela existência da instituição. Não diria que as condições são sustentáveis, mas há sem dúvida a certeza de que o perecimento de um bem cultural como a OSB representaria o fracasso da nossa sociedade.

A OSB está a serviço da sua sociedade e da comunidade global. Atualmente os temas do meio ambiente e da saúde se somam aos temas próprios da música e da cultura. Temos orgulho de integrar uma das mais longevas e tradicionais instituições musicais de atuação no Brasil e cumprimos diuturnamente a sugestão de Edward Said, que diz que a orquestra é um espaço de estudo e reflexão. É também um espaço de luta, de resistência e primordialmente de afirmação e exercício de direitos humanos fundamentais.

A música é uma ferramenta de transformação social, conectada às mais variadas atividades econômicas, pessoas, comunidades e territórios. A OSB funciona como uma conectora das atividades das empresas patrocinadoras com os seus territórios de atuação. Desta forma, concretiza através da música políticas de investimento social privado.

Música, para nós, é memória, cultura, direito e oportunidade de mudança. Por meio da inclusão social ativa e participativa, criamos um universo imaginário coletivo jamais visto em nosso país. Nosso ecossistema abrange empresas líderes em seus segmentos de negócios, mais de três mil alunos do projeto social espalhados por sete estados do Brasil e suas respectivas comunidades. Atualmente a OSB é registrada como patrimônio cultural imaterial da cidade e do estado do Rio de Janeiro.

Temos consciência da seriedade do papel social que a instituição desempenha e buscamos estar alinhados com um pacto global que objetiva diminuir assimetrias sociais e injustiças de todas as ordens, proteger o meio ambiente e garantir que as pessoas possam desfrutar de paz, prosperidade e tenham mais do que uma existência digna, mas uma vida plena em todas as formas que a experiência da música é capaz de propiciar.

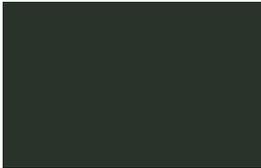
Assim, diante de todas as somas que a OSB promove, temos a conformação de um desenho institucional de inspiração efetiva, reunindo poder público, setor produtivo privado e comunidades. Acreditamos que a sustentabilidade do Terceiro Setor está assentada neste tripé, por meio de parcerias verdadeiramente efetivas e que partem de valores humanísticos.

Nossa perspectiva de seguir em frente está fundada no compromisso de perseverar na busca de um modelo financeiramente estável para a OSB e trabalhar novas conquistas, sem perder de vista os feitos do passado, afinal é uma das instituições culturais mais tradicionais que compõem o patrimônio cultural nacional. Procuraremos consolidar os valores gerados, no intuito de construir novas visões de mundo, atentos às mudanças do nosso tempo. Devemos legar às próximas gerações o direito de usufruir e de se orgulhar da Orquestra que tem o Brasil no seu DNA.

Depois dessa batalha pela sobrevivência da OSB, a instituição saiu fortalecida, guiada pela utilidade dos desafios que nos permitiram encontrar nosso melhor ao nos obrigar à revisão dos nossos próprios limites. A resistência está em perpetuar as vitórias, um dia após o outro. O aprimoramento dos processos e a consolidação das mudanças são intrínsecos ao modelo de compartilhamento de gestão em que as decisões são tomadas em prol de um propósito comum, qual seja o de resguardar a instituição.

Ainda estamos em processo de travessia. A OSB não só é, mas está sendo um exemplo de vida a cada um de nós que está ligado diretamente à sua manutenção. É isso que leva a nos sentirmos membros da “Família OSB”, com a responsabilidade de zelar pela música do nosso país e de levar o nome do Brasil para todo o mundo e para quem quiser fazer parte da nossa cultura.

No dia em que terminei a revisão do artigo, a Rússia bombardeava a cidade universitária de Kharkiv, na Ucrânia. Como Said dizia, as universidades são lugares do pensamento e, por assim dizer, do exercício da liberdade. Se não puderem ser as universidades, que a música seja um caminho de resistência possível, mesmo fora de suas fronteiras e de seus lugares de pertencimento originais.



ANTONIO CARLOS DA SILVEIRA PINHEIRO

É presidente da fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior.

ANTONIO CARLOS PINHEIRO

TERCEIRO SETOR PÓS-PANDEMIA: SUSTENTABILIDADE E INTERNACIONALIZAÇÃO

A agenda atual de Governos, Empresas e do Terceiro Setor não pode mais fugir dos temas Sustentabilidade, Responsabilidade Social e Governança, sob pena de sérios danos à imagem dessas instituições. Incluo nesse leque a Internacionalização como tema essencial dessa agenda.

São três os desafios principais:

a) a transição de uma pandemia global para uma endemia localizada, em que se buscará, de um lado, continuar a incentivar a revolução nas biociências e, de outro lado, criar condições para que o acesso e a difusão de medicamentos e tratamentos possam ser disponibilizados para as nações ricas e pobres;

b) a transição para uma economia de baixo carbono para mitigar os efeitos do aquecimento global e da sustentabilidade econômica e social no uso dos recursos naturais renováveis e não-renováveis;

c) a aceleração da revolução tecnológica em curso devido à difusão de tecnologias exponenciais (Inteligência Artificial, realidade virtual, impressoras 3 D, biologia sintética, manufatura aditiva, conec-

tividade, e capacidade computacional); e também para atender aos requisitos da Indústria 4.0 e da transformação digital, que afetam e conformam uma nova organização do trabalho e da produção em todos os cantos do mundo.

O Brasil, como país em desenvolvimento, tem um papel a desempenhar em termos de imagem, presença e, sobretudo, para mostrar a sustentabilidade do seu desenvolvimento econômico, que tem como base a oferta doméstica e a exportação para o mundo de bens e serviços intensivos em recursos naturais renováveis – tanto os oriundos do agronegócio e das florestas plantadas quanto os bens intensivos em recursos naturais não renováveis oriundos dos setores mineral e energético.

Disseminar pelo mundo a imagem, a presença e a sustentabilidade da prosperidade da nação brasileira requer uma parceria público e privada capaz de estabelecer e implementar um programa do tipo *"marketing a country"*, usando preferencialmente – em pleno século XXI – técnicas e práticas de marketing digital que gerem uma experiência positiva na comunidade internacional acerca da visão e da percepção do nosso país.

No Brasil, as instituições do terceiro setor podem incentivar o *"marketing a country"* da presença e da sustentabilidade das empresas brasileiras no exterior. De fato, elas ajudam a sociedade civil brasileira a compreender e a atuar no ambiente volátil, incerto, complexo e ambíguo que caracteriza o atual processo de globalização de mercados de produtos, serviços e de movimentação de fatores de trabalho (pessoas) e de capital (ativos financeiros) nesse novo mundo de busca por resiliência e sustentabilidade para se atingir os objetivos de desenvolvimento da ONU.

O foco das ações do *"marketing a country"* deve ser as empresas exportadoras. Também devem ser foco desse tipo de ação as Micro e Pequenas Empresas (MPES) que atuam ou venham a atuar no setor exportador brasileiro, junto com a vasta população brasileira que reside no exterior e possui vínculos comerciais com o Brasil. Este grupo é que precisa de apoio para internacionalizar e atuar de

modo sustentável, mostrando reputação no exterior face às oportunidades de ganhos de comércio que inexoravelmente vão se abrir pós-pandemia.

A exposição aborda os aspectos do Terceiro Setor, Internacionalização e Sustentabilidade no período de pós-pandemia.

Dividimos nossa apresentação em três partes.

Na primeira, abordamos o ambiente e o cenário econômico e social que estamos a enfrentar no curto e no médio prazo. Pontuamos, na segunda parte, os desafios das instituições do terceiro setor frente as oportunidades de internacionalizar e de propor projetos de alto impacto socioeconômico no período pós-pandemia. Por último, na terceira parte, sugerimos a adoção e a prática do conceito de diplomacia do conhecimento como estratégia, tática e forma de operacionalizar e gerir projetos de alto impacto, que visem à internacionalização e à sustentabilidade, a serem desenvolvidos, no Brasil, pelas Fundações.

ASPECTOS DA TRANSFORMAÇÃO E DAS OPORTUNIDADES EM CURSO

Tecendo um paralelo entre épocas, lembremos que o período renascentista na Europa, entre os séculos XIV e XVII, foi reconhecido por ter sido uma época de extraordinária produção de criatividade, arte e literatura. Visava libertar o potencial humano da "era da escuridão". "Inovações Disruptivas" foram descobertas naquela época como a imprensa, a invenção do astrolábio, do relógio, e outros artefatos que foram usados por artesões que manufaturavam os bens para serem comercializados nas feiras existentes em feudos e reinos.

○ Renascimento testemunha o florescimento da ciência, a descoberta e exploração de novos continentes, o crescimento do comércio e a Revolução Copernicana. ○ Renascimento renova o interesse por filosofar, por descobrir "verdades científicas", às vezes, inquirindo e desafiando o poder papal e dos suseranos.

Em pleno século XXI, desafios mundiais estão sendo impostos à sociedade das nações pela economia e por condições ambientais, sociais e sanitárias.

Muitas são as sequelas causadas pela transição de uma pandemia de proporção planetária para uma situação de endemia regionalizada. Governos, organizações, empresas privadas e instituições do terceiro setor precisam, agora, repensar e reconstruir sua competitividade para enfrentar os novos desafios do ambiente de negócios internacionais.

Devemos lembrar que o período renascentista enfatizou a magnificência do potencial humano. Hoje, temos uma janela de oportunidade para nos lançarmos em um "novo renascimento".

Esse novo período vai ter de alavancar a tecnologia digital, quer sob a visão das tecnologias exponenciais quer sob as aplicações dos instrumentos e das metodologias da chamada Indústria 4.0.

Sem dúvida, há uma transformação digital em curso, e os gestores das empresas ainda estão tateando no processo fabril, em que irão aplicar e potencializar os "aplicativos e os devices" da Internet das Coisas para gerar ganhos de produtividade, lucratividade e competitividade.

Há incerteza do ambiente de negócios internacionais. Apesar desse cenário, os gestores das empresas devem dar atenção especial para a interação entre inovação tecnológica e sustentabilidade ambiental. Também devem levar em consideração o atual desejo da sociedade global em mitigar as mudanças climáticas.

Fazer negócios internacionais por meio de processos digitais e sustentáveis é uma novidade em termos de oportunidades comercial e apresenta desafios adicionais para as empresas que têm uma presença internacional e / ou fazem parte de cadeias de valor complexas, que ultrapassam as fronteiras nacionais. De fato, a questão da interação entre inovação tecnológica, sustentabilidade e crescimento internacional é um assunto a ser enfrentado nos conselhos

de administração das Grandes Empresas, sobretudo as grandes exportadoras e importadoras no Brasil; é relevante, também, para pequenas e médias empresas (PMEs) que têm recursos limitados.

Olhando para o Brasil, além dos desafios de transformação expostos acima, vale sempre lembrar que o período que estamos atravessando atualmente também é pautado por desafios.

Em 2022, o Brasil estará comemorando:

a) 522 anos de sua abertura inicial ao comércio mundial graças ao seu descobrimento;

b) 216 anos da abertura dos seus portos às nações amigas;

c) 200 anos de sua independência política de Portugal;

d) 133 anos de instauração da República do Brasil;

e) 34 anos da Constituição Federal de 1988, junto com o início de uma redução das tarifas de importação; e

f) 32 anos de um aprofundamento unilateral de abertura e integração ao mercado internacional.

Desde 2019, o Brasil atravessa um processo de aprofundamento da abertura comercial que altera o regime de comércio brasileiro e que já provoca mudanças na composição e na estrutura da pauta de exportação e importação brasileira. No Brasil, em especial nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, que são, respectivamente, o primeiro e o segundo maiores exportadores do país, estamos assistindo, mesmo em tempos de Covid, a um gradual processo de diversificação de vendas de produtos/serviços e de mercados externos.

Na área de serviços, há informações qualitativas de que foram obtidos pedidos de novos clientes internacionais para serviços especializados de data center. Há novos clientes estrangeiros que estão contratando esses serviços, algo que não era feito no passado.

Há, ainda, a contratação de programadores brasileiros especialistas em computação bancária por empresas norte-americanas e que prestam serviços na base de *home office* a partir do Brasil.

Também há notícias de que foram obtidos pedidos de novos clientes internacionais para serviços especializados de reparos de peças de aeronaves, aviões e helicópteros. Clientes da Alemanha, China e França estão enviando mercadorias e bens para serem reparados no Brasil, algo que não era feito no passado. Observa-se, também, a emigração de jovens talentos brasileiros com conhecimento de tecnologia de informação (TI) e de STEAM, notadamente para os Estados Unidos e a União Europeia, para trabalharem em processos de digitalização dos negócios, que proporcionará o envio de “remittances” para o país.

Esses exemplos mostram que o momento atual é o de ganhos de comércio em internacionalizar com sustentabilidade. Ganhos podem ser obtidos quando há forte potencial de transformação econômica devido aos desafios impostos pela difusão da Indústria 4.0, pelo digital trade – nacional e internacional –, pelas finanças “verdes” e pelas NVS (normas voluntárias de sustentabilidade). Ganhos podem ser obtidos em função da história, da geografia e de laços comerciais e culturais que unem os empresários de língua portuguesa, localizados em Portugal, no Brasil e nos demais países que compõem tanto a Europa quanto a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP). A captura dessas oportunidades de ganhos de comércio depende dos operadores da iniciativa privada que atuam no comércio exterior brasileiro.

Devemos sempre lembrar que uma “abertura comercial propicia aos países cujas as possibilidades de produção eram mal exploradas a oportunidade de desencadear uma revolução industrial”, conforme John Stuart Mill.

Potencializar esse processo de transformação produtiva pela Indústria 4.0 ou pela Renascença Digital, no Brasil, requer instituições do terceiro setor para incentivar e se internacionalizar com sustentabilidade para obterem ganhos de comércio.

O TERCEIRO SETOR NA PÓS-PANDEMIA

Para uma organização pertencer ao terceiro setor, como as Fundações, ela deve atender às seguintes premissas:

- (a) ser formal;
- (b) ser privada, institucionalmente separada e não ser uma parte do aparato de governo;
- (c) não ter permissão para distribuir lucros;
- (d) ser autônoma, ou seja, equipada para controlar suas próprias atividades; e
- (e) a adesão e o apoio financeiro ou não reembolsável a ser dado a essa instituição não pode ser obrigatório ou compulsório.

Esta definição envolve um grupo heterogêneo de organizações que têm funções diversas (prestação de serviços, pesquisa, e apoio a oferta de bens meritórios como saúde, educação e inclusão social e produtiva). Há diferentes fontes de receita para financiar suas atividades, e estas podem ser privadas, públicas ou, uma combinação público-privado.

O terceiro setor sofreu um forte impacto com a crise econômica mundial de 2008-2009. Recursos aportados por atividades de filantropia corporativa e com financiamento governamental foram reduzidos. Porém, datam desse período o surgimento e a busca por projeto de investimento de alto impacto, que mudou “as regras do jogo” para o terceiro setor em todo o mundo.

O setor empresarial apoia essa ideia por gerar soluções inovadoras para atuar simultaneamente na área social e de sustentabilidade.

A tendência de investimento de alto impacto não veio apenas para ficar, mas tem probabilidade de se desenvolver e expandir nos países em desenvolvimento, como o Brasil. É preciso criar projetos pilotos de alto impacto para moldar e definir aspectos conceituais e mostrar resultados.

Na fase de formulação e execução desses projetos, as fundações devem superar a noção do *soft power* para adotar a diplomacia do conhecimento como base dos propósitos de sustentabilidade e internacionalização como diretriz estratégica nas instituições do terceiro setor no Brasil. Internacionalizar com sustentabilidade é um projeto de alto impacto para as instituições.

DO SOFT POWER À DIPLOMACIA DO CONHECIMENTO COMO PROPÓSITOS PARA A SUSTENTABILIDADE E INTERNACIONALIZAÇÃO

Não há dúvida de que vivemos, atualmente, em tempos turbulentos. A globalização é um processo complexo e continua a ser objeto de intenso escrutínio.

Poucos questionariam que existe, de fato, uma maior interconexão e interdependência entre os países. Se isso é desejável ou não, ainda está sendo debatido. No entanto, questões globais como mudanças climáticas, epidemias, cibersegurança, migração, justiça social e ganhos de comércio - para citar apenas alguns - não conhecem fronteiras. Os desafios globais, agora, são desafios nacionais, e vice-versa.

Abordar questões mundiais requer recursos financeiros, experiência e vontade política de diversos atores e países. Poucas nações podem enfrentar esses desafios sozinhas.

É preciso negociação, compromisso, reciprocidade e uma abordagem ganha-ganha para encontrar soluções que tenham alguma chance de serem eficazes. É fato que, nas relações internacionais, os países tendem a apresentar, primeiro, os seus interesses próprios. É ingênuo pensar o contrário. Como os interesses nacionais estão intimamente ligados às questões globais, a cooperação multilateral está crescendo em importância. A história nos mostra que abordar as questões globais requer colaboração e compromisso para encontrar soluções que respeitem os interesses dos diferentes países.

Isso pode ser atingido adotando o conceito emergente de diplomacia de conhecimento. A diplomacia contemporânea é caracterizada por novos atores, novas questões, novas funções e uma preocupação crescente com o *soft power*. A mudança de visão baseada no Estado, centrado no papel dos Ministérios das Relações Exteriores e diplomatas profissionais, para uma abordagem multifacetada é uma marca registrada da atual evolução da diplomacia. Não se tem mais só o espectro do governo, mas empresas e instituições do terceiro setor se tornam atores-chave nas relações diplomáticas.

A evolução da diplomacia clássica para o mundo contemporâneo introduziu um espectro de temas novos para a prática de engajamento internacional. A diplomacia cultural é bem conhecida porque inclui uma ampla gama de atividades relacionadas a artes, cultura, educação, esporte, arquitetura e língua. Essa prática se relaciona a um desenvolvimento teórico-prático importante que é o conceito de *soft power*. Desenvolvido por Joseph Nye no início dos anos noventa, o conceito de *soft power* é popularmente entendido como a capacidade de influenciar os outros e alcançar os próprios interesses nacionais por meio da atração e persuasão.

As motivações comuns por trás do *soft power* incluem interesse próprio, influência e domínio por meio de persuasão para obter benefícios políticos, econômicos ou de reputação. Num contexto de internacionalização e sustentabilidade, todavia, é preciso utilizar a diplomacia do conhecimento.

A diplomacia do conhecimento é um processo mais inclusivo. Baseia-se em uma abordagem multidimensional que enfatiza que o “todo é maior do que a soma das partes”. As três principais dimensões da diplomacia do conhecimento são: a) incentivar o ensino e a formação, incluindo formal, informal e o aprendizado pessoal ao longo da vida; b) incentivar as trocas comerciais, a abertura e a manutenção de regime de comércio aberto, e as instituições multilaterais de comércio e investimento; e c) incentivar a inovação, que inclui a aplicação de novos conhecimentos digitais para a internacionalização e sustentabilidade.

Baseia-se nas estratégias de cooperação. Isso significa ir além dos conceitos de *soft power*. A motivação por trás da diplomacia de conhecimento está intimamente ligada à abordagem de problemas comuns e interesses próprios de um modo colaborativo. Todos os atores se beneficiam, embora de maneira diferente.

Aplicar a diplomacia do conhecimento para a sustentabilidade e a internacionalização, no Brasil, é uma estratégia e prática possível porque, durante os últimos três anos, vivemos significativos avanços na área de política de comércio exterior, visto que houve transformação: a) institucional da Camex (Câmara de Comércio Exterior do Brasil), e a adoção de uma metodologia de “guilhotina” regulatória imposta pelo decreto 10.139/2019, que aprofundou a desburocratização no comércio exterior brasileiro; b) implementação de *trade facilitation*, notadamente na área aduaneira e de operações comerciais, bem como adoção do Portal Único de Comércio Exterior; c) da regulação e início de inovação tecnológica no mercado de câmbio; e d) da regulação do *trade finance* provido com recursos públicos, e há possibilidade de maior envolvimento do setor privado em “prover” fundo com fontes de recursos privados em Real ou em divisas estrangeiras para as operações de pré e pós-embarque de exportações.

No futuro, os historiadores irão analisar o biênio de 2020-21 e caracterizar esse período como um raro desastre. Apesar desse evento, a possibilidade de inserção de micro e pequenas empresas no mercado internacional se tornou uma realidade via *Digital Trade*.

Hoje, já há, no Brasil, plataformas de comercialização de bens vocacionadas para ofertar soluções de e-commerce, notadamente para países da América Latina. Essa solução não existia antes da Covid-19. Agora, plataformas nacionais especializadas em meios de pagamento internacionais de modo apartado do seu negócio original estão a ofertar soluções de comercialização internacional. Por sua vez, a logística para a entrega do bem, neste caso, pode ficar a cargo dos serviços do Correio e/ou dos *Courriers*. Contudo, hoje em dia, tanto as micro e pequenas empresas exportadoras como as não-exportadoras ainda desconhecem esse tipo de solução e não têm cultura de usar o e-commerce e o *digital trade* internacional.

Vale, ainda, lembrar que o comércio internacional de pequenos pacotes e que atende ao consumidor final apresentou taxas positivas de expansão nesse momento de crise de Covid-19, colocando pressão na cadeia de suprimentos e entrega dos grandes *players dos marketplaces*. Por outro lado, com a política de distanciamento humano, sobretudo transfronteiras, uma das formas usadas para entrar no mercado internacional, as feiras e exposições podem ser usadas em menor escala e intensidade.

Nesse contexto, é hora das micro e pequenas empresas aprenderem a usar o *digital trade* e fazer vendas e marketing internacional em época de mídia social e digitalização de negócios.

Em face às incertezas e aos riscos ainda preponderantes no comércio internacional, é hora de incentivar, no Brasil, o fomento à criação de agências de vendas e marketing privadas que comecem a difundir feiras virtuais, seja por produtos/serviços seja por mercados.

Deve-se incentivar que micro e pequenas empresas possam fazer ações de marketing virtuais associadas a ações presenciais, como *pop up retail* em lojas de departamentos ou shoppings centers, em países em desenvolvimento ou desenvolvidos. Logo, a hora é para mobilizar empreendedores de Micro e Pequenas Empresas (MPEs) a descobrirem oportunidades de exportação via sua internacionalização.

De fato, há espaço, no Brasil, agora, para incentivar e difundir o uso das Normas Voluntárias de Sustentabilidade entre essas empresas e massificar a inserção das MPEs via sua internacionalização.

Por isso, é preciso incentivar o fazer negócios internacionais por meio de processos digitais e sustentáveis, difundindo as Normas Voluntárias de Sustentabilidade, e adequar essas normas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Isso é uma oportunidade concreta a ser incentivada e realizada.

Essa agenda de diplomacia de conhecimento só se materializará se houver instituição do terceiro setor, como as fundações no Brasil, que implementem uma agenda para reforçar e construir a imagem, a presença, a internacionalização e a sustentabilidade das empresas brasileiras no exterior, e que levem em consideração os propósitos expostos anteriormente

Para finalizar, cumpre destacar que estamos, no momento presente, abrindo e ganhando mercado internacional no agronegócio. Podemos expandir as exportações de bens manufaturados nacionais a taxas superiores às taxas de recuperação da economia mundial e podemos agregar serviços à pauta de exportação brasileira. Estamos entrando nesse jogo de soma positiva mediante a adoção de uma abertura econômica, ainda que tímida, mas que está sendo capaz de induzir mudanças simultâneas na fronteira de produção e nas trocas internacionais. E, ao abrir a economia, há incentivo para elevação da produtividade dos fatores de produção e incentivos para os empresários realizarem ganhos de comércio. Esse esforço pode ser potencializado se houver instituições do terceiro setor que atuem no Brasil e no exterior para incentivar imagem, presença e sustentabilidade positiva do Brasil no mercado internacional.

Vale lembrar que simultâneos contágio e difusão do vírus da Covid-19 por todos os continentes afetaram, imediatamente, as pessoas, os mercados financeiros, as relações de produção e o consumo. A simultaneidade e intensidade do contágio na saúde humana e nas finanças em geral são um evento singular e único na história da humanidade.

De fato, temos de estar atentos aos nossos exportadores e importadores, uma vez que, nos próximos meses, eles terão de enfrentar desafios conjunturais e estruturais nas áreas de formação de preços de exportação, importação e acesso ao mercado financeiro de linhas de *Trade Finance*.

Além disso, precisamos ter escala para apoiarmos as empresas brasileiras na internacionalização de seus negócios, inclusive aquelas que ainda não entraram na atividade de exportação e importação.

Sem dúvida, o desafio dos nossos exportadores e importadores, no novo normal, será apresentar resultados e lucratividade nas operações, além de inovar e perceber as oportunidades e as ameaças impostas pelo atual ambiente de negócios internacionais.

Ao se abrir uma economia continental como a brasileira, é preciso mobilizar empreendedores e empresas a descobrir oportunidades no comércio internacional, mesmo em um ambiente de retração generalizada da atividade econômica. De fato, há espaço, agora, para incentivar que empresas não exportadoras venham a se tornar exportadoras iniciantes e massificar o treinamento destas por meio da metodologia de capacitação. Esse é um primeiro e seguro passo para internacionalizar as empresas brasileiras.

Cabe, ainda, lembrar que, com a política de distanciamento humano, sobretudo transfronteiras, uma das formas usadas para entrar no mercado internacional – feiras e exposições – foi adiada *sine die*. Nesse contexto, é hora de aprender a usar o *digital trade* e a fazer vendas e marketing internacional em época de mídia social e digitalização de negócios.

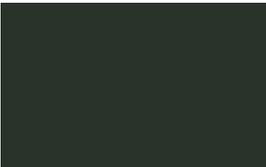
Algumas ações básicas já ajudam muito: tirar boas fotos de produtos e serviços para fazer *upload* nas redes sociais, ter uma boa edição de texto em diferentes línguas – mesmo com auxílio do tradutor do Google – e impulsionar esses “folders” via mídia social fazem diferença na forma de se apresentar ao mercado.

Descobrir como criar *hashtags* e desenvolver estratégias de *storytelling* curtas e eficazes também são inovações importantes para os setores mais tradicionais. O LinkedIn Premium é um excelente instrumento para identificação de novos grupos de compradores internacionais. Isso sem falar na participação em plataformas de comércio como Amazon e Ali Baba.

A capacidade e a proficiência de atuação comercial em ambiente digital, ou o *digital trade*, tornam-se cada vez mais importantes para a internacionalização das empresas nacionais. Há incertezas e riscos inerentes à adoção da jornada de transformação digital que

precisarão ser incorporados por cada uma delas. Vale lembrar que a imperiosa necessidade de digitalização não é restrita à indústria, mas também cabe ao agronegócio e ao setor de serviços.

Por isso, neste biênio de 2022/23, um alinhamento entre as lideranças da agricultura, indústria, comércio e serviços se faz necessário para um projeto efetivo de redução do Custo Brasil com vistas a estimular o acesso das empresas brasileiras aos mercados externos, uma oportunidade facilitada pelo digital trade. Mais do que isso: temos de abraçar explicitamente a transformação digital nas empresas e cadeias produtivas para dar saltos de produtividade e promover a criação de novas variedades de produtos e serviços. A implementação de uma agenda estendida como essa seguramente geraria resultados transformadores para a economia brasileira. Por isso, o momento atual para os que dirigem essas instituições no Brasil é como diz o verso da canção: “quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.



INÁCIO BENTO DE LOYOLA ALENCASTRO

É advogado cível e administrativo, especialista em *Compliance* e palestrante.

INÁCIO ALENCASTRO

A SIMBIOSE ENTRE ESG E O TERCEIRO SETOR

RESUMO

Há uma relação simbiótica entre o terceiro setor e a temática ESG (sigla em inglês para environmental, social and governance¹), uma vez que as duas pautas se fundamentam em preocupações sociais e ambientais, e nesse sentido compartilham objetivos e princípios similares e compatíveis. Tanto as organizações do terceiro setor podem adotar boas práticas ambientais, sociais e de governança na consecução de suas atividades, inspirando-se nas empresas com fins lucrativos quanto estas podem recorrer às entidades do terceiro setor e à sua expertise em determinadas questões para auxiliá-las em projetos de mitigação de impactos ambientais, sociais ou de equidade, gerando benefícios para as partes envolvidas e para a sociedade. Há, portanto, uma aproximação entre o terceiro setor e a temática ESG, a qual tornou-se mais evidente no período pós-pandêmico e que será aprofundada no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE

ESG. Sustentabilidade. Terceiro Setor. Compliance. Pandemia. Fundos de investimento.

1 Em uma tradução livre, significa ambiental, social e governança.

INTRODUÇÃO

O tema da sustentabilidade sempre existiu no âmbito corporativo, mas de forma impositiva e menos participativa. Tradicionalmente, a promoção da sustentabilidade cabia exclusivamente ao governo, responsável por pressionar e fiscalizar as empresas com a edição de leis e regulamentação. Atualmente, entretanto, a temática da sustentabilidade ganhou novos contornos. Através deles o mundo empresarial passa a ser pressionado por investidores, consumidores, colaboradores e pela sociedade em geral. Nesse contexto, as questões ESG têm servido como impulso para acelerar o desenvolvimento sustentável. Paralelamente, houve o fortalecimento do terceiro setor como resultado direto da incapacidade do poder público de solucionar os novos problemas sociais e ambientais, especialmente no contexto pós-pandêmico. O presente artigo tem o objetivo de analisar a existência de eventual relação entre a temática ESG e o terceiro setor, uma vez que ambas as pautas são voltadas a preocupações sociais e ambientais.

1. ORIGEM, EVOLUÇÃO E SIGNIFICADO DA TEMÁTICA ESG

Em que pese tenha ganhado notoriedade apenas recentemente, a origem da sigla ESG remete há mais de uma década. A expressão foi cunhada em 2004, em uma publicação pioneira do Banco Mundial em parceria com o Pacto Global das Nações Unidas, chamada *"Who Cares Wins"*².

Resultado de uma provocação do então Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Annan, o documento mencionado estabeleceu as bases do investimento sustentável, sugerindo a integração de fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. Daí surgiu a sigla ESG (Environmental, Social and Governance), em português ASG (Ambiental, Social e Governança), que representa um conjunto de padrões (standards)

2 Em uma tradução livre, significa "ganha quem se importa".

para as operações de uma companhia que investidores socialmente conscientes usam para avaliar potenciais investimentos³.

Os padrões ambientais avaliam a performance da empresa como responsável pelo meio ambiente e pela garantia da sustentabilidade nas suas operações. Dentre os aspectos observados, encontra-se, por exemplo, o posicionamento da organização em relação à geração de resíduos sólidos no decorrer de suas atividades.

Os padrões sociais analisam como a organização gerencia e promove o seu relacionamento com alguns dos stakeholders, como colaboradores, fornecedores, clientes e toda a comunidade em que opera. Na relação com os colaboradores, por exemplo, avalia-se o posicionamento da companhia em garantir a segurança no trabalho, os treinamentos e a diversidade nos diferentes níveis hierárquicos. Já na relação com os consumidores, atenta-se à responsabilidade com o oferecimento de produtos adequados, que não representem riscos. Por fim, na relação com a comunidade, valoriza-se a prática de ações que visam promover as comunidades que envolvem a atividade da empresa.

Os padrões de governança avaliam como a empresa está posicionada em relação à adoção de boas práticas de governança corporativa. Basicamente, observam se a empresa respeita os códigos de ética e de conduta e se garante a equidade, a prestação de contas e a transparência.

A abordagem ESG pressupõe a avaliação de negócios, empresas, instituições e até mesmo países, não somente do ponto de vista econômico, mas também de acordo com indicadores ambientais, sociais e de governança, visando o equilíbrio das comunidades e a preservação da biodiversidade. Isso representa uma verdadeira mudança de paradigma nas relações entre empresas e seus investidores, já que as práticas relacionadas à sustentabilidade passaram a ser consideradas parte da estratégia financeira das empresas.

3 "Environmental, social, and governance (ESG) criteria are a set of standards for a company's operations that socially conscious investors use to screen potential investments." Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/e/environmental-social-and-governance-esg-criteria.asp>>. Acesso em 03.03.2022.

Como esclarecem Ana Cláudia Redecker e Luiza de Medeiros Trindade:

A nova perspectiva de gestão pauta-se em uma visão que transcende os interesses dos acionistas, integrando a noção de interdependência entre os entes que compõem a sociedade e internalizando uma leitura sistemática de todo o corpo social, impactando no próprio gerenciamento de riscos e na prevenção de casos que possam alterar o valor das ações para os investidores. A essência deste desenvolvimento empresarial está na valorização do indivíduo – nos empregados, no trabalho e salários dignos, na produção com qualidade, no preço justo, na preocupação com a prevenção e preservação ambiental e na postura ética perante a sociedade.⁴

Ademais, além de contribuírem para uma sociedade mais ética, saudável e justa, boas práticas de ESG estão relacionadas a diversos benefícios às próprias empresas, tais quais mitigação de riscos, melhor capacidade de inovação e adaptação, retenção de talentos, redução de custos, construção de imagem sólida perante o público, atração de novos consumidores, resiliência para cenários adversos, dentre outros. Por tais motivos, a questão se faz cada vez mais presente no cotidiano dos investidores e do mercado financeiro.

Neste contexto, a temática ESG tem servido como impulso para acelerar o desenvolvimento sustentável – “aquele que satisfaz as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”.⁵

A adoção de uma agenda ESG pelas empresas traz diversos impactos positivos, conforme será pormenorizadamente demonstrado no tópico abaixo, motivo pelo qual seu estudo é relevante.

4 REDECKER, Ana Cláudia; TRINDADE, Luiza de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto: um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. RJLB. 2021, nº 2.

5 Relatório Brundtland, ONU, 1987.

1.1. PRINCIPAIS FATORES PARA ADESÃO DAS EMPRESAS ÀS ESTRATÉGIAS ESG

O tema da sustentabilidade sempre existiu no mundo empresarial, porém de maneira menos participativa. Historicamente, o principal papel de promoção da sustentabilidade cabia ao governo, que pressionava as empresas com a edição de leis e regulamentação. Atualmente, a temática da sustentabilidade vem tomando novos contornos. O ambiente corporativo passou a ser pressionado por investidores (por meio da alocação de capital em projetos sustentáveis), consumidores (por meio de boicotes de produtos não sustentáveis), colaboradores (que demandam novos olhares para a gestão do capital humano e atração de talentos) e pela sociedade em geral acerca dos problemas socioambientais.

Assim, as empresas começaram a tomar consciência de sua responsabilidade social e ambiental com o desenvolvimento de novos instrumentos financeiros e mecanismos organizacionais, ajustando-se aos novos desafios globais. Deste modo, os objetivos de desenvolvimento sustentável são questões que ganham cada vez mais relevância⁶. A preocupação com o meio ambiente, com as boas práticas de governança e com a responsabilidade social e corporativa é uma agenda que se encontra na pauta de todas as organizações, independentemente do tamanho e do segmento do mercado em que atuam.

A maior adesão às práticas ESG decorre, todavia, do reconhecimento de que essas práticas geram grande retorno financeiro às empresas. De acordo com um estudo feito em 2017 pelo Boston Consulting Group (BCG), as empresas que assumem estratégias ESG obtêm uma rentabilidade e um valor de mercado maior do que aquelas que não o fazem, visto que implementar tais estratégias não contribui somente para a mitigação de riscos ambientais, sociais e corporativos, mas também para uma melhor imagem da organização perante o mercado, investidores e clientes⁷.

⁶ CABO, Inês Simões do. A sustentabilidade como fator impulsionador da competitividade empresarial - os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Dissertação (Mestrado em Control de Gestão) - Instituto Politécnico Lisboa. Lisboa, 2019. p. 93.

⁷ TZOUVANAS, Panagiotis, MAMATZAKIS, Emmanuel C. Does it pay to invest in environmental stocks? in.: International Review of Financial Analysis. Vol. 77, 2021.

Nessa mesma linha de pensamento, Panagiotis Tzouvanas e Emmanouil Mamatzakis, professores da University of Sussex e da Birbeck College, respectivamente, constataram que os investidores cujo portfólio de investimentos é composto por ações de empresas com melhor desempenho no quesito ambiental podem obter retornos sobre o montante investido até 7% maiores do que se investissem em ações de empresas poluentes⁸.

No Brasil, essa tendência também vem aumentando. Segundo dados da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais, os fundos de ação baseados em sustentabilidade e governança acumularam mais de R\$ 543 milhões de reais no ano de 2020⁹.

Para mais, a pandemia do novo coronavírus e a crise social gerada por isso fez com que as empresas acelerassem a adoção da pauta ESG. Segundo números do Monitor de Doações da Covid-19 da Associação Brasileira de Captadores de Recursos¹⁰, as implicações econômicas para as camadas mais vulneráveis da população, provocadas pela pandemia, e o estímulo a ações de combate ao coronavírus, levaram o setor privado a destinar cerca de sete bilhões de reais para o enfrentamento da crise.

1.2. RELAÇÃO ENTRE COMPLIANCE E ESG

Faz-se necessário destacar, também, a relação entre compliance e ESG - dois requisitos indispensáveis à valorização das empresas pelo mercado na atualidade.

O compliance é o instrumento de gestão empresarial que impõe o obediência às normas, controles internos e externos, políticas e diretrizes estabelecidas, com o objetivo de prevenir fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e desvio de condutas éticas. Ou

8 TZOUVANAS, Panagiotis, MAMATZAKIS, Emmanuel C. Does it pay to invest in environmental stocks? in: *International Review of Financial Analysis*. Vol. 77, 2021.

9 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2021/05/pandemia-ajudou-a-impulsionar-adesao-a-conceitos-de-esg-dizem-debatedores.shtml>>. Acesso em: 03 mar.2022.

10 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/06/pandemia-gera-r-7-bilhoes-em-doacoes-e-muda-investimento-social-privado.shtml>>. Acesso em 03 mar. 2022.

seja, o compliance é uma função que envolve a conformidade da empresa às leis e às normas de órgãos reguladores. Esta não é, contudo, a única função do compliance. O instituto também se dedica a questões relacionadas à ética, à sustentabilidade, à cultura corporativa, dentre outros.

Ademais, cumpre apontar que nenhuma função, atividade ou responsabilidade é estática. Nesse contexto, surgiu a expressão “beyond compliance”, que se refere à necessidade de que as boas práticas de governança não se limitem ao cumprimento estrito de regras e leis – que não têm conseguido acompanhar os avanços sociais – para a consecução dos objetivos da empresa e, em última instância, de toda a sociedade.

É evidente, diante do exposto, a existência de inúmeros pontos de intersecção entre compliance e a pauta ESG, sendo o principal deles o compartilhamento de premissas fundamentais.

As mais modernas e melhores práticas de compliance atuam em todos os pilares do ESG (ambiental, social e governança corporativa), objetivando, em síntese, garantir mais solidez e seriedade para as atividades do negócio, proporcionando uma estratégia eficaz para a organização da empresa, mantendo-a perene, íntegra e segura no mercado.

Nesse diapasão, é forçoso inferir acerca da indissociabilidade entre os institutos, pois os mecanismos de compliance são fundamentais para que haja o devido cumprimento dos princípios e boas práticas de ESG pelas corporações.

2. O TERCEIRO SETOR

A compreensão eficaz do conceito de terceiro setor, tópico essencial à conclusão alcançada no presente artigo, exige breve digressão aos significados de primeiro e de segundo setor.

Tradicionalmente, o primeiro setor se consubstancia na figura do Estado e se exterioriza através de seus entes políticos (prefeituras, governos dos estados e do Distrito Federal e Presidência da República). Tem como sustentabilidade a arrecadação tributária. O segundo setor, por sua vez, é composto pela iniciativa privada e particular, que pauta a atividade econômica do país. Trata-se do mercado, representado pelas empresas, as quais exercem atividade econômica e buscam o lucro.

O terceiro setor, por fim, é entendido como “o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro, realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores, embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos”.¹¹

Ou seja, é o conjunto de entidades privadas, dotadas de autonomia e personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas para o desempenho de atividades sociais.

O terceiro setor é resultado direto da incapacidade do poder público de solucionar determinados problemas sociais e ambientais, abrindo assim grande espaço para o protagonismo da sociedade civil. A atuação do terceiro setor promove uma sociedade civil ativa e participativa, que busca o interesse público e proporciona melhores serviços à comunidade. Além disso, torna a sociedade civil mais engajada e interessada em participar das decisões do Estado.

Desta forma, temos que o terceiro setor pretende atuar nas lacunas deixadas pelos setores estatal e privado, tendo como objetivo precípuo a promoção do bem-estar social. É conhecido ainda como “Setor Solidário”, e sua atuação não visa eximir responsabilidades governamentais, tampouco tornar-se substituto dos entes públicos, na sua função precípua, qual seja, a administração pública. Tais organismos sem fins lucrativos atuam de forma complementar, prestando auxílio em diversos setores da sociedade. Nesse sentido, é o entendimento de André Pablo Falconer:

11 FERNANDES, Rubem César. *Privado Porém Público: o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

A emergência do Terceiro Setor representa, em tese, uma mudança de orientação profunda e inédita no Brasil no que diz respeito ao papel do Estado e do Mercado e, em particular, à forma de participação do cidadão na esfera pública. Isto tem levado à aceitação crescente da ampliação do conceito de público como não exclusivamente sinônimo de estatal: 'público não-estatal'.¹²

Entre as organizações não governamentais mais conhecidas do terceiro setor estão as entidades beneficentes, as organizações sociais, as entidades sem fins lucrativos, os fundos comunitários, as fundações e os diversos tipos de associações.

"Em resumo, pelo que foi visto até aqui, pode-se dizer que o Terceiro Setor é composto por organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil)."¹³

A análise do conceito do terceiro setor evidencia os objetivos comuns com as empresas que adotam práticas ESG, considerando que ambos se fundamentam em preocupações sociais e ambientais.

12 FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor: Um Estudo Sobre a Construção do Papel das Organizações sem Fins Lucrativos e do seu Campo de Gestão*. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999.

13 FERNANDES, Rubem César. *Privado Porém Público: o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

3. A RELAÇÃO ENTRE OS PROJETOS ESG E O TERCEIRO SETOR

A análise dos conceitos de (i) temática ESG, voltada ao desenvolvimento sustentável, e de (ii) terceiro setor, compreendido como conjunto de atividades desenvolvidas em prol da sociedade, independente dos demais setores, evidencia a relação existente entre as duas pautas, que possuem objetivos comuns na busca de práticas sustentáveis do ponto de vista ambiental, social e de governança.

Com efeito, existe uma relação de sinergia entre o terceiro setor e a temática ESG, dado que possuem as mesmas premissas fundamentais. Conseqüentemente, eventual conjugação de esforços pode trazer benefícios para ambas as partes.

Por exemplo, embora as práticas ESG sejam adotadas essencialmente no mundo corporativo, várias delas podem ser utilizadas pelas organizações do terceiro setor com intuito de promover maior eficiência na administração e utilização de recursos. Ao levar em conta tais fatores na gestão institucional e de projetos, as organizações se alinham às novas demandas globais no que diz respeito à governança, à responsabilidade social e às mudanças climáticas.

Além disso, as práticas de governança, de alocação eficiente de capital e de aferição de impacto, típicas do âmbito empresarial, quando utilizadas por instituições do terceiro setor, podem auxiliar na consecução dos objetivos de equidade, melhor mensuração dos impactos sociais e sustentabilidade.

A transparência impulsionada pela governança corporativa também pode aumentar o valor da entidade do terceiro setor, ajudando-a a angariar mais recursos e contribuir para seu próprio desenvolvimento e para o de sua área de atuação. Essa adoção das melhores práticas de governança corporativa e de atuação sustentável do ponto de vista social e ambiental pode inspirar mais confiança nos principais doadores, dando a eles mais tranquilidade de que seus recursos serão empregados de forma honesta, eficiente e responsável.

Da mesma forma, há inúmeras formas de colaboração entre os agentes do terceiro setor e as empresas (segundo setor) em relação às práticas de ESG que beneficiam a iniciativa privada, principalmente por meio do impacto colaborativo.

Com efeito, as instituições do terceiro setor possuem expertise em implementação e gestão de projetos socioambientais. Desse modo, considerando o conhecimento adquirido na defesa de suas causas, as organizações do terceiro setor podem, por exemplo, trabalhar em conjunto com as empresas em projetos e termos de parceria ou consultoria, auxiliando na fiscalização e no desenvolvimento dos indicadores de desempenho ESG.

Eventuais parcerias estratégicas entre empresas e o terceiro setor podem trazer, nesse cenário, proveitos para ambas as partes. Empresas que adotam o ESG em seu modelo de negócios e seu planejamento estratégico têm um estímulo para promover doações a instituições do terceiro setor a fim de ajudá-las nessa causa, tendo em vista seu interesse comum pelo meio ambiente e pela sustentabilidade. O impacto socioambiental positivo gerado pelas organizações do terceiro setor com o apoio das doações empresariais privadas acaba por retroalimentar o sistema e ajuda as empresas a atingirem as metas de sustentabilidade exigidas por acionistas, investidores e consumidores, numa espécie de círculo virtuoso de negócios sustentáveis que reverte parte de seus lucros em prol do bem estar coletivo e das gerações futuras.

Conclui-se, portanto, que a conjugação de esforços entre empresas que adotam ESG e as organizações do terceiro setor trazem vantagens não apenas para os envolvidos, mas para a sociedade como um todo, havendo evidente relação simbiótica.

CONCLUSÃO

As corporações têm voltado sua atenção para a pauta ESG (Environmental, Social and Governance), que representa um conjunto de padrões (standards) que os investidores socialmente conscientes se baseiam para avaliar potenciais investimentos, ante o reconhecimento de que essas boas práticas geram grande retorno financeiro, de sustentabilidade e de imagem.

Com efeito, implementar tais estratégias não contribui somente para a mitigação de riscos ambientais, sociais e corporativos, mas também para uma melhor reputação da organização perante o mercado, investidores e clientes, de modo que a adesão às práticas ESG é essencial para a perenidade das empresas.

As organizações empresariais que adotam práticas ESG possuem as mesmas premissas fundamentais que as organizações do terceiro setor, na medida em que se fundamentam em preocupações sociais e ambientais.

Nesse contexto, percebe-se que ambas podem se beneficiar de eventual associação de interesses e conjugação de esforços. Por exemplo, as práticas de governança, de alocação eficiente de capital e de mensuração de impacto, típicas do âmbito empresarial, podem auxiliar as organizações do terceiro setor na consecução dos objetivos de equidade e sustentabilidade.

Por outro lado, as instituições do terceiro setor, que possuem expertise em implantação e gestão de projetos socioambientais, podem auxiliar na fiscalização e no desenvolvimento dos indicadores de desempenho ESG.

Conclui-se, portanto, que há uma relação de sinergia e simbiose entre o terceiro setor, empresas e a temática ESG, capaz de trazer benefícios mútuos para ambas as partes e toda a coletividade.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Regina Maria Bueno. O cisne verde e o capitalismo de stakeholder: a tríade regenerativa do futuro global. *Revista dos Tribunais*, 2021.

CABO, Inês Simões do. A sustentabilidade como fator impulsor da competitividade empresarial - os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Dissertação (Mestrado em Controle de Gestão). Instituto Politécnico Lisboa. Lisboa, 2019. p. 93.

CERETTA, P.; BARBA, F.; CASARIN, F.; KRUEL, M.; MILANI, B. Desempenho Financeiro e a Questão dos Investimentos Socioambientais. *Revista de Gestão Social e Ambiental*, 2009.

FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor: Um Estudo Sobre a Construção do Papel das Organizações sem Fins Lucrativos e do seu Campo de Gestão*. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999.

FERNANDES, Rubem César. *Privado Porém Público: o Terceiro Setor na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

KOTLER, P. et al., "Corporate Social Responsibility - Doing the most good for your company and your cause", John Wiley & Sons, Inc., 2004.

REDECKER, Ana Cláudia; TRINDADE, Luiza de Medeiros. Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto: um diálogo entre a função social instituída pela Lei nº 6.404/76 e a geração de valor. *RJLB*. 2021, nº 2.

TZOUVANAS, Panagiotis, MAMATZAKIS, Emmanuel C. Does it pay to invest in environmental stocks? In: *International Review of Financial Analysis*. Vol. 77, 2021.

ANEXOS

GRUPOS DE TRABALHO

ACACIO MIRANDA DA SILVA FILHO

AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO

GUILHERME VIEIRA BARBOSA E CARLOS EDUARDO DE ABREUL BOUCAULT

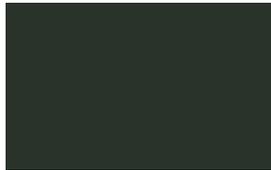
FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

FILIPE LUIZ MENDANHA SILVA

MILTON BAROSSO-FILHO, RACHEL SZTAJN E JOÃO FERNANDO ROSSI MAZZONI

TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO

VANESSA DE RAMOS KELLER



ACACIO MIRANDA S. FILHO

É doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Já atuou como chefe de gabinete da Casa Civil, subprefeito de Pinheiros da Prefeitura de São Paulo e secretário executivo do Consórcio Intermunicipal Grande ABC. Atualmente, exerce o cargo de secretário executivo de Limpeza Urbana da Prefeitura de São Paulo.

ACACIO MIRANDA

DIREITO PENAL E OPINIÃO PÚBLICA: ENTRE INFLACIONAMENTO PUNITIVO E POPULISMO PENAL

RESUMO

O presente artigo visa discorrer sobre a atual interface entre o Direito Penal - e ciências correlatas - e a opinião pública, em uma simbiose que conduz a expansão deste ramo jurídico sem qualquer amparo científico, além da análise dos fenômenos que disto decorrem, como é caso do inflacionamento punitivo e do populismo penal.

PALAVRAS-CHAVE

Influência da Mídia na Política-Legislativa; Opinião Pública; Sociedade do Medo; Sociedade do Espetáculo; Expansão do Direito Penal; Populismo Penal; Espécies de Populismo Penal.

1. ASPECTOS PRELIMINARES: OPINIÃO PÚBLICA, SOCIEDADE DO ESPETÁCULO E SOCIEDADE DO RISCO

Desde a última década do século passado, com o apogeu da Globalização, intensas transformações de cunho político e social têm afligido a humanidade, tanto para o lado positivo quanto para o lado negativo, o que mudou radicalmente a concepção de mundo e a dinâmica interacional entre os indivíduos e entre estes e o Estado¹.

O acesso à informação foi democratizado, permitindo que fatos que até então eram passíveis de acobertamento pelas autoridades se tornassem conhecidos em poucos segundos e permitissem uma reação popular; ao mesmo tempo, a disseminação do conhecimento e de novos mecanismos bem-sucedidos para o combate às mazelas sociais, tão logo desenvolvidos e implementados por um Estado, é prontamente divulgada e se torna objeto de estudo ao redor do globo².

No entanto, a formação dessa rede global de conhecimento e de interações não trouxe apenas benefícios: a interação praticamente em tempo real entre os cidadãos e os fatos reportados pela mídia – antes restritos à mídia impressa e televisiva, mas agora amplamente difundidos por meio das redes sociais – permite que falsas impressões, oriundas de um contato apenas superficial com a matéria e sem a devida apuração detida dos contornos reais dos fatos, se tornem cada vez mais disseminadas, impregnando a opinião pública de certos vieses e impedindo um processo adequado de reflexão sobre eles, tendo em vista a existência de diversas variáveis de influência – tais quais a falta de homogeneidade da informação, diversidade no volume e intensidade com que os fatos são narrados, possibilidades de acesso a diferentes meios de comunicação aptos a disseminarem informação qualificada de maneira consciente, finalidades lucrativas dos veículos, entre outros -, como destacado por Moraes e Moraes³.

1 RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Manole, 2013. pp. 330-333.

2 NYE JR, Joseph S. **O futuro do Poder**. São Paulo: Benvirá, 2012. pp. 152-155.

3 MORAES, Thiago Perez Bernardes de e MORAES, Suelen Patrícia Alves Maia Peres de. "A penny for your thoughts". *Opinião Pública, Enquadramento Midiático do NYT e Política de Audiência*.

Não seria de se estranhar que o Direito Penal fosse uma das áreas mais diretamente afetadas por essa contaminação da opinião pública. Imagens de conduções coercitivas⁴ e prisões de agentes políticos – como as verificadas no curso da Operação Lava-Jato⁵ – foram amplamente noticiadas: o problema está no fato de que, não raramente, ao final das investigações, se concluiu que indivíduos bombardeados pela opinião pública como culpados pela prática de crimes contra a administração pública antes mesmo de qualquer julgamento eram, em verdade, inocentes – nada tinham a ver com os fatos noticiados.

E, a partir daí, verificou-se reação popular, desprovida de técnica jurídica, mas fundada na falsa percepção oriunda das informações inicialmente veiculadas pela mídia, de que os órgãos de controle e o Poder Judiciário estariam deixando de executar adequadamente os seus papéis⁶. Os resultados estão sendo verificados nos dias atuais, destacando-se a eleição, no ano de 2018, daqueles candidatos que alardeavam o “combate à corrupção” e a “defesa da segurança pública” enquanto suas principais bandeiras de campanha⁷.

Mediação, Belo Horizonte, v. 18, n. 23, pp. 131-151, jul./dez. 2016. p. 149.

4 Vale ressaltar, ademais, que, no julgamento da ADPF 395/DF, que reconheceu a inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para o fim único de interrogatório, constou do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, que: “A espetacularização da investigação culmina na construção de narrativas acusatórias, trazidas ao público mediante entrevistas coletivas dadas por policiais e membros do Ministério Público, no dia da deflagração da operação. Proferidas em momento em que os agentes públicos deveriam estar empenhados em colher e compreender as provas obtidas com a deflagração, as entrevistas são baseadas em opiniões dos policiais e dos membros do Ministério Público, os quais fazem questão de afirmar a culpa de pessoas que sequer foram ouvidas” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF nº395/DF. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de junho de 2018).

5 A título meramente exemplificativo, podem ser mencionadas as seguintes notícias publicadas por diversos veículos de comunicação: JUSTIÇA autoriza condução coercitiva de Lula e Okamoto para prestar depoimento. **Portal R7**, 04 de março de 2016. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/justica-autoriza-conducao-coercitiva-de-lula-e-okamoto-para-prestar-depoimento-22082021>>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.; CONDUÇÕES coercitivas crescem 304% pós-Lava Jato. **Jornal do Comércio**, 02 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/07/politica/571434-conducoes-coercitivas-crescem-304-pos-lava-jato.html>. Acesso em 31 out. 2021, às 19h47.; REITOR da UFSC é preso em operação que apura desvio de verba em cursos. **Folha de S. Paulo**, 14 de setembro de 2017, às 07h14. Atualizada em 06 de outubro de 2017, às 19h03. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/09/1918349-pf-faz-operacao-contra-desvios-de-recursos-na-ufsc.shtml>>. Acesso em 31 de outubro de 2021, às 19h42.

6 CAMPOS, Jonas. “Impunidade clássica”, diz promotor no RS sobre criminosos reincidentes. **Portal G1 - Rio Grande do Sul**. Publicação em 05 set. 2016 às 13h43. Atualizada em 06 set. 2016 às 06h46. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/09/impunidade-classica-diz-promotor-no-rs-sobre-criminosos-reincidentes.html>>. Acesso em 24 set 2021, às 19h38.

7 GELAPE, Lucas; MORENO, Ana Carolina e CAESAR, Gabriela. Número de policiais e

Esses são apenas alguns dos exemplos recentes de como a construção da opinião pública, a partir do noticiado pela mídia, pode repercutir no âmbito do Direito Penal. O presente capítulo tem o intuito de, partindo dessa afirmação, trazer contornos preliminares para a presente tese, fornecendo o pano de fundo para a expansão populista do crime de lavagem de capitais, tema que será analisado de maneira mais detida nos próximos capítulos.

Para traçar esse pano de fundo, é fundamental que se analise tanto a correlação entre a mídia e o Direito Penal como o papel exercido pelas diferentes vertentes de populismo nesse processo.

1.1. A MÍDIA E O DIREITO PENAL

A relação existente entre a mídia e o Direito Penal não é tão simples quanto parece: aparentemente, é a mídia mera difusora da realidade fática, permitindo que os cidadãos verifiquem adequadamente quais as mazelas atualmente são enfrentadas pela sociedade e, conseqüentemente, que se desenvolva um juízo crítico sobre qual o escopo de atuação do Direito Penal se faz necessário. No entanto, todo o processo de difusão da informação é permeado pela construção de simbologias que permitem que se molde a realidade para atingir fins desejados por alguns membros da sociedade que detêm o efetivo poder de dominação, tese bem explorada por Bourdieu⁸, mas também culminando no comprometimento da integridade e da independência dos próprios veículos midiáticos, como preconizado por Finkel⁹.

Para esclarecer esse processo, subdividiu-se a análise em três tópicos, cada qual enfocando um prisma de atuação da mídia: sobre

militares no Legislativo é quatro vezes maior do que o de 2014. **Portal G1 - Eleições 2018 - Eleição em números.** Publicação em 08 out. 2018, às 14h07. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/numero-de-policiais-e-militares-no-legislativo-e-quatro-vezes-maior-do-que-o-de-2014.ghtml>>. Acesso em 24 set. 2021, às 19h50.

8 BORDIEU, Pierre. **Language and Symbolic Power.** Cambridge: Polity Press, 1991. p. 163-165.

9 FINKEL, Andrew. Using old media to capture new in Turkey. "in" SCHIFFRIN, Anya (Ed). **Media capture: how money, digital platforms and governments control the news.** New York: Columbia University Press, 2021. p. 141-159. p. 142.

a construção da realidade, sobre o medo coletivo e sobre o interesse pela notícia criminal.

1.1.1. A MÍDIA E A CONSTRUÇÃO DA REALIDADE

Para delimitar adequadamente a relação entre a mídia e o Direito Penal, é preciso ter, em primeiro lugar, a percepção de que a agenda governamental é diretamente influenciada pela mídia, por meio da maximização dos efeitos dos eventos focalizadores – determinados fatos que, pela reação social, induzem uma mudança de comportamento na agenda pública – ou por meio da rejeição a um segundo plano destes¹⁰.

Esses “eventos focalizadores” são conceituados por Kingdon¹¹ como uma determinada situação fática que demonstra a insubstância da realidade jurídica até então existente, provocando uma onda disruptiva da inércia governamental – aqui incluída tanto a esfera executiva como a legislativa – e levando à alteração do *status quo*. Não há uma natureza unitária desses eventos, na medida em que podem tanto ser derivados da ação humana – como ilícitos penais que provoquem grande comoção social¹² – como de forças

10 BAUMGARTNER, Frank R. e JONES, Bryan D. **Agendas and instability in America Politics**. 2a edição. Chicago: University of Chicago Press, 2009. p. 13.

11 KINGDOM, John W. **Agendas, Alternatives and Public Policies**. 2a edição. Nova York: Longman, 2003. p. 90-91.

12 Por exemplo, o Caso Daniela Perez, que culminou com a modificação da lei de Crimes Hediondos por meio da Lei nº 8.930/94, com a inclusão do crime de homicídio qualificado naquele rol. O caso em questão é nacionalmente reconhecido como o pivô de um processo de mudança legislativa deflagrado pela opinião pública, e não por critérios técnicos: não a toa, a Mensagem nº 571/93, referente ao envio do projeto de lei nº 4.146/93 – posteriormente convertido na Lei nº 8.930/94 – ao Congresso Nacional inseria em sua exposição de motivos que “a sociedade brasileira clama, há muito, pela reforma da legislação penal que se mostra inadequada à realidade dos tempos atuais, em que dia a dia cresce a violência contra a pessoa humana. A aplicação dessa legislação, nos crimes contra a vida, resulta, afinal, quase sempre em condenações meramente simbólicas, legitimando a impunidade e estimulando a prática de novos delitos. Assassínatos praticados por motivos fúteis e torpes, com emprego de meios insidiosos e cruéis, e com recursos que dificultam a defesa das vítimas, acontecem diariamente em todos os quadrantes do país, numa rotina crescente. A certeza dos favores dessa inquietante legislação, que mais parece posta contra as vítimas e a favor dos criminosos, fomenta a prática de crimes dessa natureza”. Ademais, sobre o tema, convém destacar a editoria feita pelo site Consultor Jurídico (Conjur) e que bem ilustra a repercussão que o Caso Daniella Perez teve na alteração da legislação em comentário: PINHO, Débora. O crime que fez mudar a Lei de Crimes Hediondos. **Portal Consultor Jurídico (Conjur)**. Publicação em 09 de julho de 2009, às 08h22. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2009-jul-09/imagens-historia-crime-fez-mudar-lei-crimes-hediondos>>. Acesso em 31 out. 2021, às 11h32.

da natureza ¹³, contudo, conservam eles o aspecto em comum de desencadear uma reação social em cadeia que mude a perspectiva que, até então, se tinha sobre determinada matéria.

Os eventos focalizadores, assim, não são diretamente provocados pela mídia, mas a cobertura dada por essa é de fundamental importância para induzir, na opinião pública, um determinado comportamento, o qual pode culminar com alterações na legislação - aproveitando-se, para tal, da sensibilidade dos agentes políticos a exigências de suas bases de apoio - ou na própria estrutura política de um Estado Nacional - mediante a modificação da composição dos órgãos decisórios pela via eleitoral.

Assim, a mídia possui grande potencial de influência na conversão de um evento cotidiano em um evento "focalizador" e na realização do percurso inverso, o que decorre de uma constatação lógica: se esses pontos de virada estão usualmente associados a eventos de grande repercussão, é necessário que os mesmos tenham um apelo social e sejam amplamente difundidos, situação para a qual a penetração midiática no cotidiano é peça-chave.

A correlação entre a mídia e o Direito Penal também passa diretamente pela identificação do que vem a ser opinião pública e pelo modo como ela se forma, o que, a médio e longo prazo, contribui para a formação de uma agenda específica que favorece o envolvimento em prol de uma perspectiva delimitada - tema, aliás, que não é novo, como asseveram Roberts et al ¹⁴, mas cuja acentuação se fez mais premente nos dias atuais.

Oskamp e Schulz ¹⁵, analisando a evolução histórica do conceito de opinião pública e tentando extrair um núcleo comum para chegar a um conceito universal, identificam ser seu traço essencial o compartilhamento de opiniões acerca de assuntos relevantes para

13 Por exemplo, desastres naturais, como o desabamento de encostas, que sempre são seguidas de pressões sobre o Executivo para a adoção de políticas públicas habitacionais mais eficientes).

14 ROBERTS, Julian V et al. **Penal Populism and public opinion: lessons from five countries.** Oxford (UK): Oxford University Press, 2003. p. 21.

15 OSKAMP, Stuart e SCHULTZ, Wesley. **Attitudes and Opinions.** 3a edição. Mahwah, Nova Jersey: Pearson Education, 2005. pp. 15-17.

a sociedade por grupos determinados que possuem características em comuns e com a influência social necessária para converter essas opiniões em pressão governamental efetiva.

Dessa evolução histórica trazida pelos autores, portanto, seria possível extrair seis pontos nevrálgicos: (1) a formação racional, de modo que a opinião pública derivaria de um processo de reflexão dos indivíduos a partir da percepção da realidade fenomênica¹⁶; (2) a assimilação precípua pelas classes dominantes, que exercem papel fundamental na formação da opinião pública, ainda que não necessariamente traduzam a maioria numérica¹⁷; (3) a relevância do tópico tratado, uma vez que a formação da opinião pública apenas leva em conta matérias socialmente relevantes, devendo ser descartados todos aqueles tópicos que, a despeito de reverberarem socialmente, sejam excessivamente supérfluos¹⁸; (4) a extensão do grau de concordância social, que deve decorrer da convicção individual, e não do medo ou da coerção física ou moral externa¹⁹; (5)

16 A racionalidade por detrás da formação da opinião pública decorre do fato desta não ser um processo espontâneo/impulsivo e nem puramente emocional, mas sim fruto de processo cognitivo desenvolvido por cada um dos receptores da informação. A opinião pública, portanto, não é formada de maneira passiva, em que os indivíduos receberiam a informação de maneira inerte e simplesmente a incorporariam enquanto dogma, mas sim de maneira ativa, em que há interesse e vontade em crer naquele determinado posicionamento – e, justamente por isso, é que existem vozes dissonantes em relação à opinião pública, constituindo camada marginal da sociedade. Nesse sentido, convém destacar NOELLE-NEUMANN, Elizabeth. *Public Opinion and Rationality*. “in” GLASSER, Theodore Lewis e SALMON, Charles T. (Ed). **Public Opinion and the Communication of Consent**. Nova York: The Guilford Press, 1995. p. 33-54.

17 A opinião pública é o reflexo da opinião que prevalece dentre a maioria da sociedade – entretanto, o conceito sociológico de maioria não coincide com o conceito numérico de maioria. Justamente por ser um instrumento de dominação retórico e político, apto a moldar a agenda governamental, é que a opinião pública deve emanar daqueles que detém o poder real na sociedade; caso contrário, a mesma seria irrelevante no processo decisório. Sobre o tema: SALMON, Charles T. e OSHAGAN, Hayg. *Community Size, Perceptions of Majority Opinion and Opinion Expression*. **Public Relations Research Annual**, v. 2, n. 01-04, p. 157-171, 1990.

18 É o caso de matérias que, apesar de amplamente discutidas na sociedade, não possuem o condão de influenciar a vida social em nenhum ponto – questões atinentes a banalidades ou ao entretenimento em geral. É despidendo afirmar que, apesar de grande parcela da população aparentar preocupação com o desfecho que determinado programa televisivo terá, isto jamais se converterá em efetiva opinião pública, no sentido estrito da palavra. Na melhor das hipóteses, esta situação específica se mostrará enquanto um reflexo da soma das opiniões individuais.

19 Este item é diretamente associado com o primeiro dos seis traços característicos da opinião pública. Se a opinião pública decorre de um processo racional de formação da convicção individual, que voluntariamente adere à tese majoritária por entender ser ela a que melhor reflete a realidade (ou a que se apresenta de maneira mais correta), então não pode ser ela compulsória, ou mesmo imposta contra a vontade do indivíduo. Entretanto, não se pode ignorar que, com o passar do tempo, a opinião pública é apta a moldar a forma como alguns indivíduos externalizam sua opinião perante a sociedade, principalmente em temas de maior polêmica, retraindo-se pelo medo de coerção indireta ou de reprimendas morais. Sobre o tema: ELFORD, Gildeon. *Freedom of expression and social coercion*. **Legal Theory**, v. 27, n. 2, p. 149-175, 2021.

a intensidade da incidência social, já que não bastaria que a matéria exerça influência, mas sim que o faça de maneira significativa ²⁰ e (6) a aptidão de a opinião formada exercer influência efetiva nos órgãos decisórios e nos centros de poder ²¹.

Já Huckfeldt et al ²² trazem para o cerne da opinião pública a perspectiva de construção de coesão social, tentando contornar a problemática – que mais adiante se retomará em mais detalhes – de que o público tende a procurar o acesso à informação em meios que apresentem uma posição concordante com seu prisma de análise individual. Para os autores, se há um direcionamento na escolha dos meios de informação, então idealmente seria esperada uma heterogeneidade na postura social, não havendo uma única opinião pública, mas pluralidades de vozes dissonantes amalgamadas em núcleos menores – contudo, não é isso o que ocorre na prática. Daí porque não se poderia conceber a opinião pública como a soma dessas vozes dissonantes, mas como a extração de elos comuns, aos quais há a pretendida coesão social – ao menos de parte significativa e dotada de influência da sociedade, ou seja, a maioria – e que pode se originar não de convergências individuais, mas de uma convergência progressiva dos mecanismos que difundem a informação.

20 Tal panorama decorre do fato de matérias lindeiras, ainda que socialmente relevantes, podem não possuir intensidade necessária para desencadear um motivo de formação de uma postura coesa dentro dos diversos segmentos sociais, justamente porque podem atingir classes com pouco poder de pressão e/ou cuja influência é pouco intensa, não sendo apta a chegar ao processo de formação de agenda governamental. O exemplo mais patente desta característica da opinião pública pode ser visto com a vacinação contra o vírus Ebola: apesar da doença ser conhecida há anos, com graves surtos localizados no continente africano, as primeiras pesquisas e estudos robustos destinados a tentar criar uma vacina segura para esta moléstia se deu tão somente quando cidadãos norte-americanos contraíram a moléstia no continente africano, durante a epidemia de 2014-2016, levando o vírus aos Estados Unidos. Assim, não é nada curioso que a primeira vacina tenha sido aprovada em 2019, quando formada uma pressão de intensidade suficiente a demonstrar às autoridades sanitárias a importância de se desenvolver tal imunizante.

21 Ao mesmo tempo em que a opinião pública não pode ser dissonante da postura adotada pelas classes dominantes, ela deve reunir condições para transcender a mera arena de debates sociais e atingir o seio dos órgãos decisórios e políticos. Isto se dá tanto diretamente – quando os representantes eleitos captam a pressão exercida pela opinião pública e remodelam a agenda governamental, como no já mencionado caso “Daniela Perez” – como indiretamente – quando a mudança de opinião pública gera modificações na composição do parlamento, quando do escrutínio eleitoral. Acerca desta matéria: ANSTED, Nich e O’LOUGHLIN, Ben. Social Media Analysis and Public Opinion: The 2010 UK General Election. **Journal of Computer-Mediated Communication**, v. 20, n. 2, p. 204-220, março/2015.

22 HUCKFELDT, Robert et al. Political Environments, Cohesive Social Groups, and the Communication of Public Opinion. **American Journal of Political Science**, v. 39, n. 4, p. 1025-1054, 1995. pp. 1049-1050.

A lógica por detrás desse mecanismo também exige que se compreenda adequadamente o que vem a ser a opinião pública – que, ao contrário do que seu nome sugere, não reflete uma perspectiva de toda a sociedade, mas tão somente de um grupo majoritário que seja socialmente relevante – ou seja, não se limita à maioria numérica, mas ao conceito sociológico de maioria.

Lage²³, assim, vem a definir a opinião pública como uma linha de raciocínio resultante da interação entre diferentes indivíduos que integram o grupo social majoritário, moldando uma determinada concepção de sociedade: ou seja, reflete a opinião pública o traço comum do pensamento prevalente dentro desse grupo social, seja ele efetivamente acertado, fruto de uma ponderação adequada da realidade, ou enviesado, fruto de uma ponderação tão somente parcial e que parta de premissas equivocadas.

A construção da opinião pública também não é um processo linear, sujeitando-se a diversas variáveis que impedem sua redução a uma fórmula genérica – e tais variáveis decorrem do fato de a construção das opiniões individuais, constitutivas da opinião pública, estarem intrinsecamente ligadas à personalidade das pessoas e, conseqüentemente, ao meio em que estas vivem, daqueles com quem convive, das informações que lhes são passadas, da forma como este processo de transmissão da realidade se dá e da interpretação que se realiza sobre tais dados da realidade concreta – em resumo, associam-se fatores psicológicos, sociológicos e circunstanciais, cada qual muito peculiar do grupo específico em que se construiu a opinião pública, como preconizado por Augras²⁴.

Não sendo a opinião pública um representante da vontade geral, mas da vontade de um grupo específico, já é possível, desde logo, identificar nela um problema considerável. Como bem apontado por Habermas²⁵, o direcionamento na amostra em que se ex-

23 LAGE, Nilson. **Controle da opinião pública: um ensaio sobre a verdade conveniente**. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 15-16.

24 AUGRAS, Monique. **À procura do conceito de opinião pública**. In: AUGRAS, Monique. *A teoria*. Rio de Janeiro: Vozes, 1980. p. 11-24. p. 15-16.

25 HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: EDUSP, 1971. pp. 194-195.

traí a opinião pública permite manipular as áreas de atrito em as práticas governamentais e a realidade fática, harmonizando o pensamento prevalente com uma determinada linha de pensamento que se tenta imputar como majoritária à sociedade. E, em ato contínuo, seria ela, ao mesmo tempo, instrumento de dominação – pela imposição de uma determinada perspectiva de análise dos fatos – como de exclusão daqueles que vislumbram a sociedade de maneira distinta – aqui, incluso os não-integrantes da classe dominante e aqueles que, a despeito de integrá-la, dissentes quando à posição nela prevalente.

Losekann ²⁶, transpondo a questão para o debate brasileiro e latino-americano, identifica a mesma situação verificada por Habermas no cenário europeu, imputando aos meios de comunicação o papel de dominação que funda a sociedade de massa e molda todo debate político – e, por conseguinte, o processo de formação da agenda governamental – que se desenvolve nesses Estados.

Estes modelos estão expressos nos trabalhos de estudiosos brasileiros e latino-americanos e apontam, em muitos casos, para um pessimismo em relação às configurações da esfera pública tanto no Brasil quanto na América Latina em geral. O modelo de sociedade de massas encontra seus argumentos exatamente na dominação de poderosos meios de comunicação que induzem o debate político conforme os seus próprios interesses. O modelo pluralista está ancorado na ideia de que o espaço público é configurado não pela disputa discursiva entre argumentos, mas na disputa de força entre aqueles de têm o poder de controlar as estruturas comunicativas. Por sua vez, o modelo republicano, valoriza a iniciativa das organizações sociais e seu poder de influenciar nas decisões de Estado, mas por estarem muito próximas deste, – criando muitas vezes até, esferas públicas institucionalizadas – acaba correndo o risco

26 LOSEKANN, Cristiana. A esfera pública habermasiana, seus principais críticos e as possibilidades do uso deste conceito no contexto brasileiro. **Pensamento Plural**, Pelotas, v. 04, pp. 37-57, jan./jun. 2009. p. 53-54.

de se transformar em uma esfera pública para-estatal em vez de não-estatal.

É fundamental, entretanto, que seja ela uma expressão genuína da vontade popular, já que, em sua origem, estava a opinião pública atrelada à liberdade de expressão ou livre manifestação do pensamento. Sobre o tema, Olischievis²⁷ entende que há uma vinculação entre o conceito de opinião pública e a análise de determinados temas de discussão por uma parcela da sociedade: conforme se aumenta o público que debate a matéria e se projetam efeitos sociais do que é discutido – de modo que o debate deixa de ter repercussões no âmbito puramente individual e se torna uma preocupação em abstrato da sociedade –, poder-se-ia afirmar que a matéria integra a opinião pública.

O problema, como delimitado pela autora, reside no fato de, não raramente, a opinião pública se basear em imagens idealizadas e estereotipadas, que consideram apenas uma perspectiva analítica, e não em conceitos reais, o que tende a estimular mecanismos discriminatórios²⁸.

Nesse sentido, Barth²⁹ assevera que, ainda que a opinião pública reflita uma posição em tese majoritária na sociedade, todo o seu arcabouço é vinculado a referenciais simbólicos, que podem ser moldados pelos agentes midiáticos para atingir uma finalidade previamente determinada – decorrência da inexistência de neutralidade por parte da mídia. Partindo desta construção, pode-se concluir que, em matérias mais sensíveis e que aludem a vulneração aos

27 OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e Opinião Pública. *Revista Vernáculo*, n. 17, p. 91-99. 2006. p. 92.

28 Não é por outra razão que o populismo penal, que se analisará mais adiante nesta tese, tende a apontar como agentes causadores de crimes de maior gravidade indivíduos que integram camadas marginalizadas da sociedade – no Brasil, jovens negros e pobres. Tal mecanismo tende a estimular a perpetuidade da repulsa a esses grupos e a construção de estereótipos que atendem a políticas de higienização social e, posteriormente, são usados como fundamentos para discursos de naturezas discriminatórias – e para, em casos de dúvida, conduzir à falsa premissa de culpabilidade de quem se enquadra nesse perfil de criminoso. Nesse sentido, convém conferir PIZARRO, David et al. Ripple effects in memory: judgements of moral blame can distort memory for events. *Memory and Cognition*, v. 34, p. 550-555, 2006; e também ROSO, Adriane et al. Cultura e ideologia: a mídia revelando estereótipos raciais de gênero. *Psicologia & Sociedade*, v. 14, n. 2, p. 74-94, jul./dez. 2002.

29 BARTH, Fernanda. Mídia, política e pesquisas de opinião pública. *Revista Debates*, Porto Alegre, v.1, n.1, pp. 26-48, jul.-dez. 2007. p. 27.

direitos fundamentais mais primitivos do ser humano – notadamente, o direito à vida e à segurança –, em que o apelo individual por proteção é mais instintivo, por representarem os bens jurídicos originalmente tutelados pelo Direito Penal, eventual direcionamento midiático pode ser facilitado e produzir resultados esperados sem maiores questionamentos.

E não é por outra razão que soluções genéricas e simplistas para mazelas sociais bastante graves na área de segurança pública tendem a ser bem recebidas pela opinião pública, que pressupõe, erroneamente, que a consequência imediata dessas ações será o aumento da proteção dos cidadãos – deixando de lado os possíveis efeitos a médio e longo prazo, consoante identificado por Andrade ³⁰.

Aqui, repousa um dos primeiros problemas acerca da formação da opinião pública. Não há mecanismo de transmissão de conhecimento inteiramente neutro: todos apresentam determinados vieses, muitas vezes sutilmente demonstrados, mas que, implicitamente, são capturados pelo receptor da informação, que os decodifica e os interpreta de acordo com sua realidade específica ³¹. Nesse processo, não há como se afastar a importância do meio em que os agentes vivem, com quem eles convivem e sua realidade social: esses elementos formam a *psique* do agente receptor da informação.

Conjugando o fato de a opinião pública refletir o posicionamento majoritário dentro do grupo social dominante e a forte influência que aspectos subjetivos exercem na formação da opinião individual, pode-se concluir que, se possível o direcionamento da construção dessa opinião individual, então será possível moldar uma opinião pública que atenda a determinados interesses – superando a premissa de autonomia individual que originalmente fundava o conceito.

30 ANDRADE, André Lozano. **Populismo penal: o uso do medo para recrudescimento penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 202 p., 2019. p. 149.

31 CORNER, John. **Theorising media: power, form and subjectivity**. Manchester: Manchester University Press, 2011. p. 86-87.

E, para tal, basta que pessoas externas a esse grupo majoritário – ou internas a ele, mas minoritárias numericamente –, mas com relação de dominância, construam uma estrutura favorável à propagação constante de suas ideias, impondo, subjetivamente, a sua vontade aos demais membros do grupo, no que Katz³² denominou de “processo comunicativo de duas etapas”: a mídia propaga a ideia a líderes enunciativos e estes replicam a ideia para seus seguidores e pessoas de seu círculo social que, a seu turno, continuam a replicação para grupos cada vez menores até que se consolide aquela forma de pensamento.

A questão atinente à influência da imprensa na formação da opinião pública – inclusive no que atine a casos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário –, aliás, não é recente, já tendo sido exposta por Weber³³ no início do século XX:

“Esse crescente capital fixo significa também um aumento de poder que permite moldar a opinião pública arbitrariamente? Ou pelo contrário, como se afirmou sem que se pudesse demonstrar satisfatoriamente – significa uma crescente sensibilidade por parte das distintas empresas diante das flutuações da opinião pública? Se disse que a evidente mudança de opinião de determinados diários franceses – costuma-se pensar, por exemplo, no *Le Figaro* com relação ao caso Dreyfuss – pode ser explicada simplesmente pelo fato de que o importante capital investido de forma fixa por essas modernas empresas jornalísticas justifica o aumento de seu nervosismo, e as faz depender do público, ao se detectar qualquer inquietude deste, que costuma se traduzir em anulação de pedidos, situação que se torna comercialmente insuportável. Na França,

32 KATZ, Elihu. The two-step flow of communication: an up-to-date report on an hypothesis. *The Public Opinion Quarterly*, v. 21, n. 1, pp. 61-78, 1957. p. 76-77.

33 WEBER, Max. Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa. Tradução do original alemão publicado nos anais do Primeiro Congresso da Associação Alemã de Sociologia em Frankfurt (1910). Rio de Janeiro, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 55-56, 2002, pp. 185-194. p. 189.

onde prevalece a venda direta, esta grande facilidade de variação poderia também ter um peso específico. Isso significaria, então, que uma crescente dependência das tendências de venda diária seria a consequência da crescente demanda de capital. É certo isso?"

Esclarecidos o processo de formação da opinião pública e o papel exercido pela mídia na formação da agenda governamental, pode-se avaliar qual a correlação entre os dois fatores e a sua influência para o Direito Penal.

O ponto de interesse da opinião pública em termos de populismo penal – conceito que será trabalhado mais adiante neste capítulo – reside na sua formação de modo a satisfazer determinados interesses, que não são efetivamente os da maioria da população, mas de uma parcela dominante da sociedade. E, para lograr êxito neste objetivo, é necessário construir a falsa percepção de que a população efetivamente deseja a implementação desta medida.

Batista³⁴, analisando a questão, traz à baila a problemática do discurso neoliberal adotado pela imprensa, o qual vem acompanhado de fortes crenças que possuem o condão de modificar substancialmente a percepção da sociedade acerca da função da pena. Se, em teoria, a equação jurídico-penal coloca a pena como um resultado último, fruto de um longo processo de contraditório e de respaldo das garantias fundamentais, na sua variável neoliberal – ao menos no discurso que se transmite ao público em geral –, a pena passa a ser uma constante necessária para assegurar a higidez do sistema, dotando-se de um potencial de solucionar efetivamente todas as tensões sociais.

Isso vem a ser fundamental quando tomada a perspectiva de que é do discurso social que se constrói a base política que

34 BATISTA, Nilo. *Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. **Biblioteca On-Line de Ciências da Comunicação**. Irregular. pp. 01-20. 2003. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em 14 out. 2021, às 21h43min.

refletirá na composição do Poder Legislativo, consoante tratado anteriormente, quando da discussão acerca da formação da agenda. Mas, para além da formação pontual do discurso, não se pode ignorar a construção coletiva da consciência social a longo prazo, mediante o processo de repetição e fixação de certos preceitos – que deixam de ser interpretações possíveis, ainda que contestáveis, e se tornam dogmas sociais.

Em paralelo, como apontado por Rondon Filho ³⁵, atribui-se a grupos com entendimento contrário a esse dogma uma progressiva estigmatização, com a associação direta com algum caso paradigmático em que socialmente se entendeu haver alguma vulneração do sistema jurídico ³⁶. Utiliza-se do clamor social e da repercussão negativa sobre casos extremados para criar uma generalização do discurso, projetando-se que, sempre que uma situação determinada ocorrer, o sistema falhará, e, por isso, mudanças são necessárias, como apontado por Lopes Jr ³⁷.

Ilustra-se a problemática posta acima, a qual também encontra amparo na esfera jurisdicional: no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752, o Ministro Luis Roberto Barroso fez referência aos homicídios da Deputada Ceci Cunha, da

³⁵ RONDON FILHO, Edson Benedito. Polícia e minorias: estigmatização, desvio e discriminação. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 6, n. 2, p. 269-293, abril/junho 2013. p. 281.

³⁶ O cerne da questão, portanto, está no uso de imagens e símbolos para associar determinadas situações da realidade enquanto exemplos cabais de um problema jurídico – e, não raramente, se fixa a vinculação de que imagem e situação estarão sempre ligados, ainda que o exemplo originalmente posto se colocasse como algo que, *a priori*, não se tratasse de uma regra universal. É o caso da associação feita até os dias de hoje pelo inconsciente coletivo popular entre jovens negros e a criminalidade, que ocorre no Brasil desde longa data – a título de exemplo, notícia veiculada pelo jornal Folha de S. Paulo em 06/04/1997 já dava conta de pesquisa estatística apontando que negros são mais abordados e agredidos por policiais do que brancos e pardos (NEGROS são mais abordados e agredidos. **Folha de S; Paulo**. Publicada em 06 de abril de 1997. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff060402.htm>>. Acesso em 27 out. 2021, às 02h29). E, mais recentemente, vale destacar o seguinte estudo empírico: ANUNCIACÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim e FERREIRA, Tiago. “Mão na cabeça!”: abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. **Saúde Soc.** São Paulo, v. 29, n. 1, p. 01-13, 2020.

³⁷ LOPES JR, Aury, **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas: (Des)velando o risco e o tempo no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 165-168.

Missionária Dorothy Stang e da jornalista Sandra Gomide³⁸ - processos que se arrastaram por anos na justiça com a manutenção em liberdade dos réus devido à interposição de sucessivos recursos com a finalidade de evitar o trânsito em julgado - como exemplos patentes de que seria necessário admitir a prisão após a condenação por um órgão colegiado.

No entanto, o fato de esses três casos constituírem exemplos extremados de aparente ineficiência do sistema penal não admite a generalização da regra para todos os processos que diariamente são ajuizados junto aos Tribunais de Justiça do país - e tampouco autoriza a flexibilização de garantias fundamentais de todos os indivíduos para se contornar a ineficiência do sistema em alguns poucos casos, ainda que sob o pretexto de evitar que alguns poucos sejam beneficiados.

Nesse sentido, segundo Schietti Cruz³⁹, o devido processo legal existe para assegurar tratamento isonômico a todos

38 Convém transcrever o relato do Ministro na ocasião: "Houve o caso célebre do jornalista que matou a namorada com um tiro pelas costas por motivo fútil, foi julgado e condenado pelo Tribunal do Júri e continuava livre 10 anos depois do julgamento. O pai da moça, o pai da vítima, devastado pela dor, deu a seguinte entrevista: "Um dia eu liguei pra casa dele" - do assassino - "e disse: você vai morrer igual a um frango, eu vou cortar o seu pescoço". E prossegue o pai da moça, da vítima: "Eu sonhava em fazer justiça por mim mesmo. Era só pagar cinco mil reais a um pistoleiro. Quem tirou essa ideia da minha cabeça foram os advogados". Um sistema penal que não funciona com o mínimo de efetividade desperta os instintos de se realizar justiça com as próprias mãos. Nós regrediremos ao tempo da vingança privada. [...] Há casos bizarros, como o do suplente de deputado federal que matou a titular do cargo para ocupar a sua vaga. Veja, contratou pistoleiros os quais mataram a deputada, seu marido e duas outras vítimas. Episódio conhecido como "Chacina da Gruta". O crime aconteceu em 1998. O réu aguardou, em liberdade, pelo julgamento, que só ocorreu em 2012, treze anos depois dos fatos. Ele foi condenado a cento e três anos e quatro meses de reclusão. E aí se deu a prisão preventiva finalmente. Ele recorreu da decisão. O recurso especial se encontra pendente de julgamento até hoje no Superior Tribunal de Justiça. De modo que, se tivesse que esperar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, um homicídio - coisa de facinora -, ocorrido em 1998, em 2018 ainda estaria aguardando julgamento do Superior Tribunal de Justiça. [...] Mas é muito importante que se estabeleça isso no Brasil, porque palavras perderam o sentido: devido processo legal não é o que não acaba nunca e garantismo não significa que ninguém nunca é punido por coisa nenhuma, não importa o que tenha feito. Portanto, é preciso restabelecer o sentido de devido processo legal e o sentido do que seja garantismo. Depois, veio o caso da missionária Dorothy Stang. Missionária norte-americana morta aos setenta e três anos por pistoleiros, a mando de um fazendeiro da região. Em 2005! O Júri se realizou em 2013, com muitas idas e vindas, dando-se aí a condenação em primeiro grau. E se não tivesse sido preso preventivamente, estaria solto até hoje. Portanto, um sistema de justiça criminal que não funciona desmoraliza o Brasil perante a comunidade internacional também". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 04 de abril de 2018). p. 166-168.

39 SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Algumas premissas para um devido processo penal. "in" MALAN, Diogo et al (Org.). **Processo penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. p. 317-348. p. 320-321

os indivíduos, cabendo ao sistema criminal conciliá-lo com a manutenção da ordem jurídica e da paz pública, buscando a máxima eficácia da aplicação das normas jurídicas penais. No entanto, isto não significa, ao ver do autor, que se puna indiscriminadamente ou que se permita a abertura de brechas na tutela dos direitos fundamentais do acusado para que se satisfaça a tutela dos direitos da vítima: afinal, estaria o sistema regido pelo binômio eficiência-garantismo, no qual a máxima eficácia é encontrada tão logo se alcance o ponto de equilíbrio entre os elementos constituintes desse par ordenado ⁴⁰.

Tal discurso, porém, encontra excelente aderência na sociedade, justamente pelo potencial de transformação da agenda política e pela ignorância acerca da real situação do sistema penal brasileiro: dados do Conselho Nacional de Justiça ⁴¹, referentes ao ano de 2017, indicam que mais da metade da população carcerária do país foi condenada pela prática de roubo ou tráfico de drogas, enquanto apenas doze por cento teria praticado crimes contra a vida. Parece desarrazoado, desse modo, admitir que casos paradigmáticos de homicídio justifiquem uma modificação sistêmica a incidir sobre todas as condenações. O mesmo vale para generalizações de outros tipos feitas pela mídia – e ecoando no Judiciário – para reformar outros segmentos da política criminal brasileira, incluindo a conversão da pena em um imperativo do sistema para sanar todas as formas de criminalidade.

Este processo, para ser bem sucedido, exige a supressão da capacidade de reflexão individual sobre o conteúdo da mensagem transmitida, de modo que o receptor da informação capture uma determinada ideia e a propague, sem que tenha condições suficientes de discernir todos os seus aspectos, deixando, portanto, de identificar lacunas teóricas importantes

⁴⁰ Sobre o tema: SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 70, pp. 229-268, jan./fev. 2008.

⁴¹ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 47.

que infirmariam a validade da ideia: e, nesse ponto, exerce papel fundamental os meios de comunicação em massa, incluídas, aqui, as redes sociais.

Cervini ⁴², analisando a influência dos meios de comunicação em massa, conclui que são eles o principal instrumento de conhecimento da realidade na contemporaneidade. E não há como divergir desta afirmação: é impossível ter o conhecimento de todos os prismas de análise possíveis de uma determinada situação fática, ainda que a mesma tenha sido diretamente vivenciada pelo intérprete, sendo fundamental que, à visão particular, se agreguem outras análises feitas por demais interlocutores do mesmo evento – as quais são feitas justamente pelos meios de comunicação.

No mesmo sentido, Mutz ⁴³ afirma que os veículos de comunicação são profícuos em influenciar a população acerca de determinados vieses da realidade, no que denomina de “influência impessoal”, na medida em que os referenciais analíticos não são encontrados na seara individual, mas sim a partir da vivência coletiva de toda a sociedade. E daí emerge um problema signficante: os receptores da informação, por meio da reiteração das informações, deixam de se questionar o porquê de nunca terem sido vítimas de determinada forma de criminalização ou mesmo o motivo pelo qual desconhecem pessoas de seu círculo social mais próximo que, a despeito de se revestirem das mesmas características que o arquétipo ventilado pela mídia, não praticam os mesmos atos. A bem da verdade, em vez de contestarem a validade do modelo posto, tendem os indivíduos a entenderem que a sua realidade fática é uma exceção à regra geral – afinal, estariam a analisar apenas uma situação microscópica, enquanto a opinião pública se debruça sobre uma realidade macroscópica.

42 CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

43 MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 05-07

Ao lado deste grupo de indivíduos que entendem terem sido contemplados com o beneplácito da não-sujeição à caótica realidade social alardeada pela grande mídia, há, também, um segundo grupo cujos componentes, ainda que detenham elementos aptos a contestar esse modelo, tendem a ser capturados pelas armadilhas postas pela pós-verdade decorrente dessa grande quantidade de informações (não necessariamente verossímeis – ou mesmo próximo de sê-lo), como pontuado por Cardoso ⁴⁴.

Contudo, independentemente do grupo que se tome como referencial de análise, é possível afirmar que há uma convergência no sentido de ambos negligenciarem a verdade, ao não questionar a modelagem existente, no todo ou em parte. E, dentro desse processo, faz-se necessário, ainda, diferenciar a realidade objetiva da realidade subjetiva e compreender os motivos pelas quais, na sociedade de informação, é muito difícil chegar a uma coincidência entre ambas, pontos para os quais é fundamental lançar mão dos ensinamentos teóricos de Berger e Luckmann.

Para os autores, a realidade objetiva ⁴⁵ consiste no fato posto – ou seja, o que efetivamente ocorreu –, o qual é por si só dotado de elementos de complexidade e enseja uma visão global para ser adequadamente compreendido ⁴⁶, ou, em sín-

44 CARDOSO, Ivelise de Almeida. Propagação e influência de pós-verdade e fake news na opinião pública. 2019. 139 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências da Comunicação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 18.

45 BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge**. London: Penguin Books, 1991. p. 65-66.

46 A análise dos aspectos globais de uma situação fática, permitindo a compreensão do todo, já foi objeto de importantes campanhas publicitárias no setor midiático, todas no sentido de tentar demonstrar por que aquele veículo de comunicação era “o mais completo” ou “o mais fidedigno” na transmissão da realidade. A mais famosa delas, do jornal britânico *The Guardian*, consistia em um comercial de televisão em que a mesma imagem era mostrada de três ângulos distintos – cada qual conduzindo a uma interpretação diferente dos fatos. Na primeira filmagem, tomada de frente, via-se um homem correndo por uma calçada em direção à câmera, sem motivo aparente. Na segunda, tomada do ângulo oposto, via-se o mesmo homem correndo, mas em direção a outro pedestre que andava pelo local e o empurrando, dando a impressão de que ele pretendia agredir ou assaltar esse outro pedestre. Por fim, o terceiro quadro, tomado a partir de uma visão aérea e permitindo a visão global da cena, transformava por completo a percepção do espectador sobre aquela realidade: o primeiro pedestre corria em direção ao outro e o empurrava não para agredi-lo ou fazer-lhe mal, mas para salvar a sua vida, já que uma plataforma localizada imediatamente acima dele colapsara e estava na iminência de atingi-lo.

tese, o somatório de todos os prismas de análise possíveis: compreender tal realidade com exatidão perfeita exigiria a qualidade de onisciência do indivíduo.

Por outro lado, a realidade subjetiva⁴⁷ corresponde aos prismas de análise individualmente considerados: a realidade fática é captada e decodificada, sendo posteriormente possível de transmissão a terceiros. Essa transmissão, contudo, considera justamente a interpretação que o transmissor possui acerca do fato: segundo Lippmann ⁴⁸, ela não revela o todo em sua exatidão, mas um determinado recorte feito e que é carregado por determinados valores e por uma forma de compreensão do mundo. Quem recebe a informação, portanto, não está conhecendo do fato tal qual ele ocorreu, mas da interpretação do transmissor sobre o evento-objeto.

Desse modo, assevera Wharton ⁴⁹ que a forma como a notícia é transmitida influencia diretamente na mensagem final que será passada ao seu destinatário - e a carga de subjetivismo do processo não necessariamente será explicitada no teor material da narrativa, mas pode decorrer de pequenos gestos, tais quais o tom de voz empregado na citação e a emoção esboçada pelo transmissor, ou mesmo pela escolha dos signos linguísticos para transmitir aquele dado da realidade ⁵⁰. Inconscientemente, o destinatário absorverá esses estímulos e os assimilará, considerando-os no processo de decodificação da informação: daí porque Habermas ⁵¹ entende ser a mídia

47 BERGER, Peter Ludwig e LUCKMANN, Thomas. **The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge**. London: Penguin Books, 1991, p. 166-167.

48 LIPPMANN, Walter. **Public Opinion**. New York: Free Press, 1997. pp. 200-201.

49 WHARTON, Tim. **Pragmatics and non-verbal communication**. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 118-123.

50 A escolha dos signos linguísticos e a forma como construídas as expressões verbais são peças-chaves para a ênfase de parte do conteúdo transmitido pelo comunicador em detrimento de seu restante - que, a despeito de informado ao ouvinte, não necessariamente será apreendido como dotado de igual relevância. O exemplo clássico é o uso de símbolos semânticos como "criminoso" ou "bandidos" - dotados de carga valorativa negativa - para qualificar indivíduo que é preso preventivamente pela polícia no curso de investigação. Para além de macular a presunção de inocência, estigmatiza-se desde logo aquele indivíduo que, mesmo sendo considerado inocente pela justiça, continuará a sofrer as repercussões sociais daquela imputação errônea.

51 HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo: EDUSP, 1971. p.

instrumento ativo de formação da opinião pública, para o que contribuiriam de maneira significativa os “líderes de opinião”⁵², agentes carismáticos e dotados de penetração social, aptos a cativar o grande público.

Acerca do tema, o levantamento realizado por Campos⁵³ acerca da produção jornalística das revistas *Veja* e *Carta Capital* e da forma como noticiados os mesmos fatos e como percebido socialmente o crime e o combate à criminalidade, é bastante ilustrativo e evidencia a impregnação do discurso por ideologias e vieses bem determinados, com o fim de atender a um determinado público-alvo do veículo de comunicação. Para tal, se faz imprescindível lançar mão de certos símbolos linguísticos e dotá-los de carga semântica, de forma que, se aparentemente se conserva certa imparcialidade – pois o veículo jornalístico apresenta os fatos de forma ampla -, na verdade as percepções finais a serem obtidas pelo leitor/intérprete são claramente direcionadas. Especificamente acerca das conclusões resultantes dessa comparação entre os veículos de comunicação supramencionados, afirma a autora⁵⁴:

Comparando os resultados, percebemos que ambas as revistas adotaram uma postura crítica em relação à atuação do Estado no combate ao crime, revelando a incompetência/inação dos agentes estatais. [...] No que tange às divergências de ponto de vista, destaca-se o fato de *Carta Capital* fazer referência à ação do Estado de *favorecer a parte mais forte ou proteger os ricos por um lado e per-*

171.

52 Atualmente, se verifica mesmo cenário com a proliferação de *influencers* e blogueiros que se utilizam da informação como um produto de autopromoção, ao mesmo tempo em que, adquirindo progressivamente novos seguidores, ampliam a capacidade de replicação das teses que veiculam.

53 CAMPOS, Carla Leila Oliveira. Crimes e punições: representações da criminalidade e do papel do Estado em seu combate na mídia impressa brasileira. *Revista Línguas & Letras*, v. 16, n. 32, pp. 165-185, 2015. p. 179.

54 CAMPOS, Carla Leila Oliveira. Crimes e punições: representações da criminalidade e do papel do Estado em seu combate na mídia impressa brasileira. *Revista Línguas & Letras*, v. 16, n. 32, pp. 165-185, 2015. p. 172-173.

seguir os pobres, por outros; dizer excluído de Veja. Ainda abordando as dissonâncias entre as revistas, observamos um posicionamento totalmente diverso no que se refere às leis brasileiras. Nesse sentido, se para o sujeito de *Veja* as leis são brandas ao oferecerem aos condenados diversas formas de redução das penas com o intuito de ressocializá-los; para o de *Carta Capital*, o endurecimento das leis não é solução para a redução dos índices de criminalidade. Portanto, se o relato jornalístico é lacunar (STEINBERGER, 2005), nesse ponto específico podemos observar como os filtros culturais e as crenças ideológicas influenciam os processos de referenciação de acordo com o propósito comunicativo dos sujeitos”.

Os veículos de comunicação, portanto, possuem a aptidão de converter determinadas diretrizes de ação – que constituiriam apenas parte de um rol muito maior de alternativas para solucionar determinada situação fática – em dogmas absolutos. Basta, para tal, que direcionem a realidade subjetiva transmitida aos seus espectadores para que reflita uma perspectiva própria, rica em detalhes narrativos, e com brechas dificilmente contestáveis pelo público leigo.

Cria-se, portanto, um espaço propício para que emergja uma realidade criminal puramente ilusória e estereotipada. Não sendo possível exibir ao público todos os contornos da apuração e do processamento do ato delitivo, todas as versões dos acusados e tampouco imprimir a necessária profundidade vertical à matéria, para que se permita uma compreensão adequada do público sobre o que realmente ocorreu – afinal, dispõem, os veículos de comunicação, de tempo e espaço limitados -, é imperativo que se realizem recortes sobre os fatos e tente-se mostrar o panorama mais amplo possível.

E é neste campo da discricionariedade da transmissão que o enviesamento midiático encontra ampla fertilidade: em vez de se mostrar as agruras do sistema criminal, pode-se exaltar a atividade puramente investigativa e a atuação aparentemente escorreita da polícia no combate à criminalidade, como destacado por Barata⁵⁵. O problema é que, ao fazer isso, não raro estão os agentes midiáticos se baseando em uma narrativa construída sobre aspectos indiciários da persecução penal, sobre os quais sequer foi possível o exercício do contraditório e da ampla defesa. E, ainda que se ofereça espaço para que os envolvidos deem as suas próprias declarações sobre os eventos, a ênfase dada a elas – e a forma como transmitida a informação⁵⁶ – é muito menor do que a dada aos eventos principais – o que certamente contribui na construção da opinião particular do telespectador e, com o tempo, na própria opinião pública.

Monk-Turner et al⁵⁷, focando especificamente na questão dos estereótipos, indicam que a mídia exerce um papel extremamente importante – e negativo – de promover uma formação incidental, por meio de técnicas de cognição associativas, de determinados estereótipos, os quais contribuem tanto com a formação de uma cultura de medo quanto com uma interpretação errônea da realidade. Entendem os autores que, do ponto de vista psicológico, os telespectadores que recebem uma carga de impressão negativa constante acerca de determinados segmentos sociais minoritários tendem a compreendê-la enquanto uma verdade universal representativa – e, quando determinada situação concreta ocorre opo

55 BARATA, Francesc. Los mass media y el pensamiento criminológico, "in" BERGALLI, Roberto. (Coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003. p. 487-516. p. 507.

56 Não é raro verificar que, na narrativa televisiva sobre casos criminais de grande repercussão, os fatos principais e o juízo valorativo sobre eles seja acompanhado de conteúdo imagético e dramaticidade. Tal conteúdo é previamente diagramado e estruturado para despertar sentimentos de repulsa e comoção no grande público, enquanto a versão dos envolvidos é relegada a um papel menor, geralmente lida na forma de notas comunicativas pelos apresentadores.

57 MONK-TURNER, Elizabeth et al. The Portrayal of Racial Minorities on Prime Time Television: A Replication of the Mastro and Greenberg Study a Decade Later. **Studies in Popular Culture**, v.32, n. 2, p. 101-114, março/maio 2010. pp. 108-109.

indivíduo representante desta minoria estereotipada e outro representado pela classe dominante, há uma tendência a que se adote postura favorável a esse último, como recorrentemente se vê no Poder Judiciário e na atuação das forças de segurança estatal, como identificado por Gless⁵⁸.

O contínuo processo de repetição dos fatos por diversas fontes, dando-lhes aparentemente a mesma roupagem, contribui para a construção de uma falsa percepção de que a realidade subjetiva narrada é, em verdade, coincidente com a verdade objetiva, o que vale tanto para a questão acima posta acerca da formação de estereótipos quanto para as demais matérias sujeitas a esta influência midiática. Ramonet⁵⁹, de frente a esta problemática, chega à percuciente conclusão de que o cidadão comum busca construir a sua percepção crítica acerca de um evento-objeto determinado a partir do confronto dos discursos dos diferentes meios de comunicação – ainda que não raro busque aquele que melhor se adequa às suas convicções pessoais –, e, se tais discursos forem iguais em sua essência, não chegaria ele a outra conclusão senão que são os discursos verdadeiros.

Assim, é possível que se lance uma ideia ao grande público, sem pretexto aparente e com a blindagem da atenção de um grande ensejo social, para que a mesma seja absorvida sem reflexão e, gradativamente, incorporada à consciência coletiva como uma verdade absoluta – conseqüentemente, passa ela a ser propagada, formando, na opinião pública, uma conclusão que manipula os ensejos individuais, mas que é incapaz de efetivamente atendê-los.

58 GLESS, Sabine. Policiamento preditivo: em defesa dos verdadeiros positivos. Tradução de Heloisa Estellita e Miguel Lima Carneiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 1, p. 01-08, 2020. p. 02-03.

59 RAMONET, Ignacio. **A tirania da comunicação**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999. pp. 44-46.

Não é por outra razão que Weber⁶⁰, já no início do século XX, afirmava a necessidade de se ponderar adequadamente a escolha do meio de comunicação que o indivíduo enquanto leitor e absorvedor de conhecimento pretendia escolher enquanto fonte das informações:

“Uma vez que o conteúdo do jornal não consta apenas de notícias, por um lado, nem de produtos da indústria de entretenimento, do clichê, por outro – como se sabe, existem produções em massa de conteúdos de imprensa, desde o espaço de esportes e das palavras cruzadas até a novela, um pouco de tudo, produzidos por importantes empresas do ramo –, digo, que como nem os clichês nem as meras notícias preenchem completamente a imprensa, resta a produção daquilo que hoje em dia se oferece na imprensa como trabalho realmente jornalístico e daquilo que, pelo menos aqui na Alemanha, em contraste com alguns países não alemães, ainda é de importância fundamental na hora de avaliar um jornal. Não podemos, portanto, nos contentar com a contemplação do produto como tal, mas sim temos que prestar atenção ao produtor e perguntar pela sorte e pela situação do estamento jornalístico.”

Defronte ao processo acima narrado, Osório⁶¹ sintetiza o processo de manipulação da informação e de direcionamento da atenção do público a determinados fatos – selecionando os prismas de análise – na forma de estratégias simbólicas que moldam uma narrativa específica, direcionada ao grande

60 WEBER, Max. *Sociologia da imprensa: um programa de pesquisa*. Tradução do original alemão publicado nos anais do Primeiro Congresso da Associação Alemã de Sociologia em Frankfurt (1910). Rio de Janeiro, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n° 55-56, 2002, pp. 185-194. p. 191.

61 OSÓRIO, Juan L. Fuentes. *Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal* *apud* LEITE, Corália Thalita Viana Almeida. *Memória, mídia e pensamento criminológico: enfoque em casos brasileiros (1988-2016)*. 2017. 324 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2017. p. 124.

público, acerca de como se dá a persecução penal. Para o autor, em primeiro lugar, os veículos de comunicação elegeriam determinados atos de delinquência que seriam colocados em primeiro plano, dando a eles maior enfoque, tanto sob o prisma da visibilidade como sob o prisma da eloquência narrativa. Feita essa escolha, tais veículos dividiriam a sua exposição em dois cenários distintos, a depender de suas circunstâncias de fundo: ora se exporia o fato sem tratar de fatores e dados que pudessem ser desfavoráveis à construção do cenário de violência proposto⁶² e ora se superdimensionaria o evento para destacar a reiteração da ocorrência de condutas análogas, praticadas por agentes com o mesmo perfil delitivo⁶³ – para tal, recorrentemente se lançaria mão do estabelecimento de conexões entre os diferentes casos, para reavivar no inconsciente popular as lembranças desses eventos pretéritos e estimular um sentimento de medo e repulsa.

Nota-se, portanto, que há um movimento cíclico de produção de novas notícias e reiteração dos ocorridos, com o intuito de manter o consumidor da informação em um estado de alerta e vigilância constante. A forma como a informação é transmitida é fundamental nesse processo: ainda que haja algum grau de distorção ou de omissão de elementos da realidade, mesmo quando transmitidos os dados verossímeis, são

62 A informação, neste caso, é veiculada de maneira incompleta, impedindo que o leitor/intérprete assimile todos os contornos da realidade fática. Exemplo interessante ocorreu na Operação “Carne Fraca” da Polícia Federal, deflagrada em 2017 contra frigoríficos que supostamente teriam deixado de observar normas da vigilância sanitária: o principal foco das notícias veiculadas à época estava na utilização de ácido sórbico e ascórbico pelos frigoríficos nos produtos alimentícios, o que, de pronto, impressionou a opinião pública, pela associação negativa advinda da palavra “ácido”. Contudo, o que não foi noticiado é que tais substâncias tinham seu uso autorizado pela vigilância sanitária, não havendo qualquer desconformidade regulamentar. Nesse sentido: ZOGBI, Paula. Anvisa se posiciona sobre Carne Fraca; ácido ascórbico é permitido. **Portal Infomoney**. Publicação em 23 de março de 2017, às 13h28. Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/consumo/anvisa-se-posiciona-sobre-carne-fracas-acido-ascorbico-e-permitido/>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h11. Igualmente: MARCHESAN, Ricardo, KAORU, Thâmara e SOUZA, Nivaldo. Papelão, ácido cancerígeno, exagero da PF: você entendeu a Carne Fraca? **Portal UOL**. Publicação em 25 de março de 2017, às 04h00. Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/03/25/papelao-acido-cancerigeno-exagero-da-pf-voce-entendeu-a-carne-fracas.htm>>. Acesso em 21 out. 2021, às 17h14.

63 É o caso tradicional das notícias veiculadas por meios de comunicação sensacionalistas que tendem a enfatizar a prática de crimes contra o patrimônio praticadas por jovens da periferia, aparentemente ignorando que este não é o único grupo social que pratica tais condutas.

utilizados símbolos e caracteres sonoros e imagéticos⁶⁴ que despertam a ira do espectador em relação ao indivíduo apontado como acusado, a sua compaixão em relação à vítima e o medo de ele próprio ser vitimizado no futuro.

O processo de influência exercido pela mídia, portanto, age na forma da dicotomia estereotipação social e delitiva, de um lado, e de seletividade na transmissão das informações, de outro. Assim, quando do processo de formação da opinião pública, afeta-se o caráter da racionalidade e impede-se que os indivíduos isoladamente considerados consigam realizar um processo de depuração completa das informações: montando o panorama apenas com as peças que lhe são fornecidas, o resultado do processo formativo por si só já é maculado, sendo suas consequências de difícil reversão.

Pode-se exemplificar⁶⁵ tal processo. Em 1994, em São Paulo, foi amplamente noticiada pela imprensa uma acusação de abuso sexual ocorrida em uma escola de educação infantil ("Escola Base"), a qual, desprovida de qualquer substrato jurídico, sequer chegou a resultar na instauração da persecução penal, findando já na fase de inquérito policial. Contudo, a absolvição jurídica dos envolvidos – os proprietários e um funcionário da escola – não coincidiu com a "absolvição social"

64 Acerca especificamente destes caracteres, afirma o autor, em conclusão ao trecho destacado, que: "Tudo isso se completa com a transmissão de informações oficiais (sobretudo as procedentes da polícia e das instituições públicas) e apreciações da opinião pública que confirmam o exposto. Este processo de potencializa mediante sua repetição por cada meio, cadeia, grupo. - O desenho e modo de comunicação da notícia: discurso dramático e emotivo (que ainda que se apoie em dados reais, também se permite algumas licenças: se incluem dados modificados, exagerados, descontextualizados - inclusive se podem criar notícias a partir de acontecimentos fictícios ou inventados -; se omitem outros) ou uma narração fria e tranquilizadora; textos breves que não entram na análise profunda do problema; recorre-se a frases feitas, a clichês e estereótipos; desenho de titulares com inclusão de juízos de valor; acompanhamento por música, fotografias e imagens selecionadas (preparação da imagem mediante a situação das câmeras ou o recorte e descontextualização das fotografias); apresentação de gráficos e quadros estatísticos, etc." (Op. Cit, p. 124).

65 Para além do exemplo citado, convém destacar as arbitrariedades verificadas no curso da Operação Lava-Jato - que serão analisadas mais detidamente adiante neste trabalho -, a qual também releva uma notória situação em que se direcionou a opinião pública contrariamente aos agentes políticos, ao arrepio do devido processo legal. Esta tem sido uma tendência das operações policiais deflagradas com o fim de combater a criminalidade de "colarinho branco" no Brasil, muitas das quais foram anuladas pelos Tribunais Superiores por deixarem de observar preceitos básicos de processo penal e as garantias fundamentais dos acusados - o que, surpreendentemente, a opinião pública taxa como representativo da leniência do Judiciário para com a criminalidade.

deles, que continuaram a ser vistos enquanto criminosos, em um claro indicativo de como os direitos fundamentais podem ser vulnerados pelo populismo midiático, ainda que, do ponto de vista estritamente jurídico, estejam eles resguardados sobre o manto do devido processo legal, como identificado por Santos Souza ⁶⁶.

A própria repercussão midiática acerca da ausência da prática de qualquer ilícito penal por parte dos acusados também não foi suficiente para superar os impactos da onda sensacionalista que as acusações iniciais geraram, levando os envolvidos à ruína social e econômica, tudo em decorrência de um simples boato ⁶⁷.

1.1.2. A MÍDIA , O MEDO COLETIVO E O INTERESSE PELA NOTÍCIA CRIMINAL

A influência exercida pela mídia sobre a opinião pública e a modelagem da agenda para atender interesses pré-determinados ganha contornos muito nítidos na contemporaneidade, em que a criminalidade se presta tanto a finalidades espetaculares como para promover a percepção de risco.

Segundo Debord ⁶⁸, pode-se afirmar a sociedade contemporânea enquanto uma “sociedade do espetáculo”, ou seja, uma sociedade em que as relações sociais não apenas são impostas pela mídia, mas também como aquela em que a percepção da realidade objetiva decorre de um somatório de representações não necessariamente verossímeis do mundo

⁶⁶ SANTOS SOUZA, Thaís. Violação das garantias processuais brasileiras praticadas pela Mídia: uma análise do caso Escola Base/1994. **Media & Jornalismo**, v. 19, n. 34. p. 269-293. p. 290-291.

⁶⁷ BARRO, Gabriela de. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**. Publicado em 18 de maio de 2018, às 20h21. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>>. Acesso em 30 out. 2021, às 15h22.

⁶⁸ DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2007. p. 20.

fático – havendo, portanto, grande distorção entre aquela e a realidade subjetiva transmitida.

Em sentido análogo, Glassner ⁶⁹ recapitula a veiculação, pela revista *Time*, de uma pesquisa que dava conta de um suposto aumento substancial de casos de violência no ambiente de trabalho nos Estados Unidos, cujos números remontavam à casa dos milhões de incidentes. Contudo, após o alarmismo inicial, um estudo mais aprofundado feito pelo *The Wall Street Journal* deu conta de que o veiculado pela *Time*, em verdade, se deu em decorrência de um levantamento feito de maneira enviesada e com baixa qualidade estatística – sendo, portanto, mais suscetível de apresentar um resultado inidôneo. Em vez de milhões de casos, o número verdadeiro era pouco superior ao primeiro milhar e, muitas vezes, sequer era associado ao ambiente de trabalho em si, já que perpetrado por agentes externos: se considerada a ocorrência apenas de fatores endógenos, a probabilidade de ocorrência de violência com resultado morte no ambiente de trabalho seria inferior à probabilidade de ser atingido por um raio durante uma tempestade.

Resta claro que a identificação do enviesamento narrativo não é tão simples e, se feita por outro veículo midiático, ainda se encontra suscetível a críticas de que se está a tentar desmoralizar a informação obtida em primeira mão por um veículo concorrente. Consequentemente, ante essa dificuldade fática e possível tentativa de desconstrução do panorama verdadeiro, muitas vezes é relegado ao destinatário final que cumpra com o dever de conferir a veracidade dos fatos – algo que, na quase totalidade dos casos, não possui ele tempo ou meios hábeis a fazê-lo.

⁶⁹ GLASSNER, Berry. **The culture of fear: why Americans are afraid of the wrong things.** New York: Basic Books, 2010. p. 58.

Desse modo, prefere-se simplesmente consumir a imagem pronta a refletir sobre o seu conteúdo e tentar extrair dele os seus contornos de sentido, de modo a tornar a mídia um grande produtor industrial, nos dizeres de Kellner⁷⁰, tendo como seu produto precípua a informação – e, por evidente, trazendo-a devidamente moldada a interesses e premissas bem delineadas, favoráveis à ideologia transmitida por aquele veículo de comunicação, como anteriormente já abordado.

Assim, segundo Hjarvard⁷¹, chega-se à conclusão de que, na sociedade atual, as relações humanas são influenciadas por imagens produzidas e gradativamente consumidas, moldando a ação humana entre atores e espectadores, influenciadores e influenciados. E as decorrências práticas, inclusive para a ordem jurídica, não são escassas: dentro dessa falsa realidade construída, aquele que detém o controle da informação e da forma como se construirá uma determinada narrativa detém a dominação simbólica.

As repercussões para o Direito Penal desta construção não podem ser ignoradas. Mutz⁷² preconiza que a proliferação das “percepções impessoais”, já conceituadas anteriormente, são fundamentais para induzir comportamentos determinantes nos agentes sociais e políticos, levando-os a agir, tanto no sentido de desenvolver novas políticas públicas como no sentido de alterar a legislação. Para a autora, que utiliza a política criminal de combate ao uso e tráfico de entorpecentes nos Estados Unidos enquanto referencial teórico⁷³, a construção

70 KELLNER, Douglas. *A cultura da mídia*. Bauru, SP: EDUSC, 2001. pp. 40-42.

71 HJARVARD, Stig. *Midiatização: teorizando a mídia como agente de mudança social e cultural*. **MATRIZES**, v. 05, n. 02, p. 53-91, jan./jul. 2012. p. 73.

72 MUTZ, Diana C. **Impersonal influence: how perceptions of mass collectives affect political attitudes**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 102-103.

73 Para ilustrar a problemática posta, a autora faz referência a um levantamento realizado nos Estados Unidos no final da década de 1980 acerca da percepção que uma amostra de eleitores possuía acerca do uso de drogas enquanto um problema “nacional” (afetando a sociedade enquanto uma massa indistinta de indivíduos) e como um problema “pessoal” (afetando tanto o entrevistado quanto seus familiares mais próximos). As respostas – que podem ser encontradas na tabela 4.1. da obra supramencionada (p. 105) – demonstra que o coeficiente daqueles que vislumbram o uso de drogas enquanto um problema nacional é três vezes superior ao coeficiente daqueles que identificaram impactos negativos do uso de drogas em seu círculo familiar, ainda que os entrevistados

dessas falsas narrativas – ainda que o sejam apenas parcialmente – busca criar um sentimento de medo e preocupação artificial, deixando de lado as experiências reais daqueles que efetivamente vivenciaram e foram vitimizados pela situação de fundo colocada.

Para o Direito Penal, esse cenário é deveras desfavorável: a pronta ação estatal impede que se adquira estágio de maturação adequado à implementação eficiente e direcionada da política criminal – repetindo-se um modelo de “tentativa e erro” e buscando os resultados imediatos em detrimento de um método consistente de resolução do problema de fundo. A assunção, deliberada ou não, de uma realidade fática incorreta implica na conseqüente estruturação inadequada da modelagem a ser desenvolvida para solucioná-la, o que impede que se alcancem resultados satisfatórios, pela inadequação entre meios e fins.

E, nessa fórmula, o cidadão comum é duplamente prejudicado e se torna massa de manobra para implementação de determinadas perspectivas de funcionamento do sistema, especialmente no âmbito do Direito Penal: ao mesmo tempo em que se torna angustiado pela perspectiva de se tornar vítima de novos delitos, é ele, também, mais vulnerável a ser imputado como autor da prática desses crimes, principalmente na hipótese de pertencimento de grupos sociais mais marginalizados e cuja exclusão social é buscada pela estrutura dominante de poder, tese essa bem asseverada por Andrade⁷⁴.

pu­dessem responder afirmativamente a ambas as perguntas (não se tratando, pois, de itens mutuamente excludentes). Deste panorama, dúvida não há de que havia uma percepção exagerada da dimensão nacional da utilização de drogas e seu impacto na sociedade estadunidense: para que a percepção se demonstrasse adequada, seria esperada maior proximidade entre ambos os coeficientes; entretanto, os resultados apontam que dois em cada três entrevistados que afirmaram compreender que o uso de drogas é um grave problema nacional nunca vivenciaram, em seu círculo mais íntimo, quaisquer efeitos dessa realidade fática.

74 ANDRADE, André Lozano. **Populismo penal: o uso do medo para recrudescimento penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 202 p., 2019. p. 109.

O sistema criado, assim, tende a constantemente se retroalimentar, sendo de difícil superação, ante o sucessivo influxo de falsas narrativas e a construção de um processo de descrédito sobre aqueles que questionam a veracidade do que é transmitido. Constrói-se uma relação de poder baseada no controle da informação e que se irradia para as políticas públicas adotadas pelo Poder Público – fechando o ciclo de formação da agenda que inicialmente fora mencionado neste capítulo.

Em paralelo, Silva Sanchez ⁷⁵ afirma que a sociedade pós-industrial é caracterizada por uma insegurança coletiva, o que inerentemente se associa com a aversão à assunção de riscos, panorama este que decorreria, dentre outras influências externas – como a já apontada maximização da tutela de bens jurídicos – da pluralidade informativa e da ausência de critérios claros para formar claramente uma concepção crítica acerca do conteúdo veiculado.

Nota-se do ensinamento do penalista espanhol que não há como se apartar da análise do Direito Penal contemporâneo a sensação de insegurança coletiva e o papel dos meios de comunicação neste processo – os quais contribuem significativamente para tornar a violência peça de entretenimento, aproximando os espectadores e “consumidores” da informação das vítimas dos crimes noticiados. E, do ponto de vista subjetivo, esse processo de metamorfose do espectador possui uma finalidade específica: maximizar a insegurança e o incômodo de quem recebe a informação para que criar um evento “focalizador” que leve à adoção de melhorias para superar aquele estado pré-determinado de medo e incerteza.

Esse cenário revela a importância de considerar a sociedade contemporânea enquanto uma “sociedade do risco”, como cunhado por Beck ⁷⁶ – isto é, caracterizada pela cons-

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del Derecho Penal**, Madrid: BdeF, 2011. p.120.

⁷⁶ BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Londres: SAGE Publications Ltda,

tante aflição da exposição de seus bens valorizados, ou seja, bens jurídicos, à risco em virtude da ação humana. São duas as suas razões de existência: em primeiro lugar, os avanços tecnológicos na sociedade pós-industrial levaram a sociedade a valorizar economicamente e a tutelar juridicamente novos bens, constantemente expostos a danos e perigos⁷⁷; e, em segundo lugar, o aumento da competitividade social pelo topo da pirâmide, fundada na tese de que o sucesso social está atrelado à posse de bens materiais, alardeada pela mídia, o que leva parte da população a recair em zona de marginalidade, tão somente pelo fato de não dispor da mesma capacidade aquisitiva ou mesmo das oportunidades dadas aos demais – ou seja, a busca por maiores riquezas e a tentativa de se afastar dos riscos, inclusive à própria vida, a que mais se sujeitam aqueles na base da pirâmide, como identificado por Jacondino e Eslabão⁷⁸ -, o que, não raro, decorre de um processo histórico de oposição e negligência estatal a esses grupos marginalizados.

Paralelamente a esses fatores, a emergência de novas dimensões de direitos humanos, agora transcendentais ao plano individual e permeando a coletividade como um todo, inclusive sob o prisma intergeracional⁷⁹, incrementa o grau de abstração da tutela dos bens jurídicos e possibilita uma expansão horizontal do campo de atuação do Direito Penal, como os crimes cibernéticos e a tutela do meio ambiente. O problema

1992. p. 19-20.

77 A tutela de interesses transindividuais e o aumento da área de atuação do Direito (não apenas o penal) contribui para a criação desse aumento da esfera social de risco. Ao mesmo tempo, os novos riscos que emergem estão usualmente fora do controle dos indivíduos: se antes era possível que se buscasse uma tutela com as próprias forças, pois identificado claramente o bem lesado e o causador do dano, agora isso não é mais possível para uma série de bens e direitos, justamente porque afetados de maneira síncrona por diversos agentes (não sendo possível quantificar com exatidão o dano advindo de cada um – como ocorre com a poluição/degradação ambiental) ou por força de sua difícil percepção, pela ausência de conhecimento técnico pelo público leigo somada à provocação de dano por acumulação (como a utilização de substâncias lesivas à longo prazo a saúde em gêneros alimentícios) Nesse sentido: BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Londres: SAGE Publications Ltda, 1992. p. 54-55.

78 JACONDINO, Eduardo Nunes e ESLABÃO, Daniel da Rosa. Ulrich Beck e o paradigma sociológico do risco. **Estudos Sociológicos**, v. 20, n. 38, p. 129-143, jan/jun. 2015. p. 137-138.

79 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.38

está na inadequação finalística do sistema para atender a essa demanda de maneira adequada, para o que contribui o discurso populista penal.

Diante disso, tem-se a impressão de que a criminalidade adquiriu novos patamares antes não verificados e que a sociedade estaria vulnerada por essa explosão dos índices delitivos. Contudo, o cerne da questão não repousa propriamente no aumento numérico dos crimes praticados, mas na ressignificação da tutela dos bens jurídicos⁸⁰, que se projetou para áreas que, no passado, não eram sujeitas à abrangência do Direito Penal, ao mesmo tempo em que não se extirpou totalmente a criminalidade “tradicional”.

Assim, na sociedade do risco, é constante a sensação de insegurança na população, ante a possibilidade de serem praticados crimes que não atingirão apenas indivíduos isolados, suas vítimas diretas, mas que podem reverberar sobre um número indeterminável de pessoas ou bens coletivos. E, para que essa reverberação seja ampla, a abstração do liame causal entre as condutas delitivas e a efetiva lesão ao bem jurídico também deve ser mais ampla do que a tradicionalmente concebida, resultando na preconizada expansão do Direito Penal sobre esses novos riscos preconizada por Callegari e Andrade⁸¹.

Lira⁸², ao tratar das razões para o hiperinflacionamento penal, afirma que as alterações legislativas promovidas após a mudança de agenda na segurança pública, no sentido de

80 O tema será revisitado adiante no próximo capítulo, contudo, convém tecer breve comentário acerca deste ponto nesse momento. A constitucionalização dos direitos fundamentais de terceira e quarta geração os insere necessariamente na esfera de tutela do Direito Penal, pois convertidos em bens jurídicos - direitos eleitos pelo Constituinte e pelo Legislador enquanto elementos estruturantes da sociedade -, contudo, os mesmos apresentam peculiaridades que impedem a individualização da vítima e do dano causado. Basta pensar no dano ambiental decorrente de poluição: como quantificar o impacto provocado pela conduta lesiva do agente para fins de aplicação proporcional da pena?

81 CALLEGARI, André Luis e ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade do risco e Direito Penal. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 11, n. 26, p. 115-140, jan./jun. 2020. p. 137-138.

82 LIRA, Rafael de Souza. **Mídia Sensacionalista: o segredo de justiça como regra**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.17.

umentar o rigor da atuação polícialasca do Estado, tendem a atribuir uma falsa sensação de segurança aos cidadãos – contudo, por detrás do pretenso aprimoramento das políticas penais, as medidas adotadas corroem lentamente os direitos fundamentais dos indivíduos e retroalimentam o sistema, dando azo a que condutas anteriormente não criminalizadas passem a ser alvo de novas sanções estatais e, assim, garantindo a perpetuidade do ciclo de insegurança.

E, aqui, resta novamente evidente a correlação entre a construção da opinião pública pelos veículos de comunicação e o Direito Penal, tema que Carnelutti⁸³ já consignara como uma progressiva tendência da sociedade contemporânea, seja pelo grande interesse e fascínio despertado pela temática polícialasca – pela dramaticidade da matéria –, seja pela existência de interesses econômicos, que posteriormente também se verificam na classe política, todos a justificar a cobertura ostensiva deste tipo de notícia.

A consequência imediata dos processos narrados neste capítulo até o momento – e que constitui premissa para o tópico que se desenvolverá nos capítulos subsequentes – é a de que a construção da opinião pública, tanto acerca dos modos de condução da política criminal como acerca da impressão que se passa sobre os direitos dos réus quando da cobertura midiática sobre os eventos polícialescos, tem o condão de interferir na formação da concepção crítica do público quando defrontado com o resultado “jurídico” – ou seja, o julgamento observado o devido processo legal – daquela situação fática específica.

A opinião ostensivamente formada sobre esses eventos, quando infirmada pelo conjunto probatório ou por violações às garantias constitucionais dos réus – como o contraditório, a ampla defesa, a soberania do tribunal do júri, dentre outros –, leva o público a assumir a falsa percepção de que não se

83 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Leme: EDIJUR, 2017. p. 07-08.

estaria a promover a justiça, ou que o julgamento careceria de tecnicidade. Afinal, a realidade subjetiva transmitida ao público aparentemente fornecia todos os elementos suficientes aos leigos para formar a sua convicção sobre a culpabilidade, ou não, do agente: a eles causa espanto quando o resultado verificado não se coaduna com esta perspectiva.

Em *ultima ratio*, o processo penal se converte em típica arena de combate, em que a apuração dos fatos de maneira racional e crítica dá lugar à externalização de preferências de forma passional e calorosa, resultando na “escola de incivilidades” a que alude Carnelutti⁸⁴.

Diante desse panorama, em que se propaga uma situação de medo constante ao mesmo tempo em que, aparentemente, as soluções legislativas e jurisdicionais são ineficientes para combater a criminalidade – afinal, aqueles ostensivamente apontados como culpados pelos veículos de comunicação, ao final do processo, são reconhecidos como inocentes pelo Poder Judiciário -, abre-se margem para a provocação de alarmismos sociais e consequentes demandas por penas mais rigorosas e pela expansão do objeto do Direito Penal.

O sistema de criação de medo e alteração das perspectivas penais, portanto, é constantemente retroalimentado e atende às finalidades econômicas dos agentes midiáticos – que aumentam seus índices de audiência através da veiculação de informações que captam a curiosidade do público pela dramaticidade inerente, tema bem destacado por Sodré⁸⁵ – como dos agentes políticos – que encontram nessas políticas repressivas uma forma de conquistar o eleitorado, atendendo ao clamor para apaziguar forte angústia, mas sem ter de lidar com demanda estrutural de difícil solução.

84 CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Leme: EDIJUR, 2017. p. 10.

85 SODRÉ, Muniz. *A sedução dos fatos violentos. Discursos sediciosos: crime, direto e sociedade*, Rio de Janeiro, v.1., n.1., p. 207-214, jan./jun. 1996. p. 209.

Por fim, antes de passar à análise das razões do populismo penal, convém sintetizar, com base no exposto até o momento neste capítulo, a correlação entre opinião pública, sociedade do risco, sociedade do espetáculo e o papel exercido pela mídia e demais veículos de comunicação.

A formação da opinião pública é feita de forma maculada, por meio da constante exploração da criminalidade feita pelos veículos de comunicação e da indução à percepção ilusória de que os índices de insegurança são muito maiores do que os realmente verificados – para o que contribui o fascínio do público por esse tipo de informação –, o que leva à assunção, por parte dos receptores das informações, de que seus bens jurídicos estão constantemente ameaçados por essas ondas de criminalidade. O fascínio, assim, dá lugar à repulsa e intranquilidade.

Enquanto o sistema de criação de insegurança e provocação de fascínio se retroalimenta, o enviesamento midiático também contribui para retirar credibilidade do sistema jurídico e do Direito Penal: com o bombardeio de informações sobre a prática de atos delituosos constantemente noticiada, a população, em geral, passa a demandar por uma reforma do sistema, espaço no qual se aproveitam aqueles que buscam a satisfação de seus interesses pessoais com uma política criminal mais enrijecida.

Entretanto, as alterações sistêmicas buscadas não visam a atacar as causas fundantes da criminalidade ou efetivamente se debruçar sobre mecanismos de revalorização da política criminal. Pelo contrário: tende-se a recair sobre medidas simplistas, como a imposição de penas mais severas, a criminalização indistinta de condutas que possam vulnerar bens jurídicos determinados, independentemente da repercussão a médio e longo prazo destes fatos – como o aumento massivo do encarceramento e o descaso com os processos de resso-

cialização – e, mais preocupantemente, a refutação de direitos e garantias fundamentais de índole processual por serem elas potenciais obstáculos à eficácia do Direito Penal.

A relação entre a mídia e o populismo penal, portanto, é simbiótica. Enquanto a primeira se utiliza do Direito Penal e do discurso populista para alavancar seus índices de audiência e, conseqüentemente, aumentar seu lucro, os defensores do discurso populista se aproveitam da repercussão trazida pela divulgação dos fatos pela mídia para angariar votos, idolatria e prestígio popular, ao mesmo tempo em que se esquivam de ter de buscar novas modelagens – custosas, tanto em matéria de tempo quanto de recursos, e sujeitas ao risco do fracasso – para combater mazelas sociais identificadas e vivenciadas por seus eleitores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. **Pena Sem Soberano? Ius Puniendi e Função do Direito Penal Internacional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. **Manual de Derecho Penal, Parte Especial**. Editora Ceura, Madrid, 1987.

BARRANCO, Noberto J. De La Mata et al. **Derecho Penal Económico y de La Empresa**. Editorial Dykinson: Madrid, 2018.

BECK, Rafael Francis. **Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BERREUZO, Rafael e COPPOLA, Nicolas. **El Delito de Blanqueo de Dinero**. Montevideo: BdeF, 2018.

BERREUZO, Rafael et al. **Derecho Penal Económico**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot, BONFIM, Marcia. M.M. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONACCORSI, Daniela Villani. **Lavagem de Dinheiro e Imputação**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico**. Iustel: Madrid, 2012.

_____. **Derecho Penal Económico y de La Empresa: Parte General**. 5ª edição, Tirant Lo Blanch: Valencia, 2016.

CAIROLI, Milton et al. **Nuevos Desafios em Derecho Penal Económico**. Editorial BdeF: Buenos Aires, 2012.

CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Direito Penal e Globalização**. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARLI, Carla Veríssimo De. **Lavagem de Capitais e Sistema Penal**, Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2009.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CAVERO, Percy García. **El Delito de Lavado de Activos**. BdeF: Montivideu, 2018.

CONDE, Francisco Munhoz. **Direito Penal do Inimigo**. Rio De Janeiro: Juruá, 2012.

CONSERINO, Cassio Roberto. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitals**. Navarra: Arazandi, 2002

CUNHA, Paulo Ferreira Da. **A constituição do crime**, Coimbra: Coimbra Editora.2009.

CRESPINO, Eduardo Demetrio (Coord). **Crisis Financeira y Derecho Penal Económico**. Editorial BdeF: Montevideo, 2014.

DAVIN, João. **Money Laundering Control Act". Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. Editora LiberArs: São Paulo, 2013

DE BARROS, Marco Antônio. **Lavagem de Capitais e Obrigações Civas Correlatas**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. São Paulo: Contraponto, 1997.

DE MAGALHÃES, George G. Gomes. **La Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas en el Delito de Lavado de Dinero. Análisis de Los Casos "Lava - Jato" y "Mensalão"**. Montevideo: Editorial BdeF, 2018.

DE REZENDE, Bruno Tizt. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **O Direito Penal na Era da Globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**, São Paulo: Saraiva. 2012.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOLO, Luis Wanderley. **Populismo Penal Legislativo**, Salvador: Juspodium, 2016.

GRECO, Vicente e RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, v. 237, agosto/2012.

JAKOBS, Gunther.; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JARA DÍEZ, Carlos Gómez. **Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial**. Montevideo: Editorial BdeF, 2017.

MARQUINA, Gonzalo Castro. **La Necesidad del Derecho Penal Económico y Su Legitimidad en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Montevideo: Editorial BdeF, 2016.

MIRANDA ESTREMPES, Manuel. El Populismo Penal: Analisis crítica del Modelo Penal Securitario. **Jueces para la democracia**, s. l., v. 58, p. 43-72, 2007.

MIRANDA SILVA FILHO, Acacio. **Lavagem de Capitais na Era dos Julgamentos Midiáticos: Do Populismo à expansão e ao protagonismo** in LEMOS, Bruna Espiñeira et al. **Comentários Críticos as Principais Propostas de Reformas Penais Brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MIRANDA DA SILVA FILHO, Acacio. A comunicação em massa, a construção da realidade e a criminalização da advocacia. **Revista de Direito e Política**, São Paulo, v. 25, p. 91-112, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal - Legitimação versus Deslegitimação**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RODRÍGUEZ, Alejandro Penilla. **El Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico**. Montevideo: Editorial BdeF, 2018.

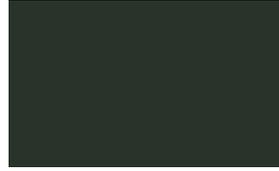
SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. **Lavagem de Dinheiro e os Deveres de Colaboração do Advogado**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Eficiência e Direito Penal**, 11ª edição, Manole. 2012.

_____. **La expansión del Derecho Penal**, B de F Ltda. 2011.

_____. **Tiempos de Derecho Penal**, Montevideo: Editorial B de F, 2011.

WINTER, Lorena Bachmaier; THAMAN, Tephenn C. e LYNN, Veronica. **The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Privilege in Criminal Proceedings: a comparative view**. Springer International Publishing: Nova



AFONSO SOARES DE OLIVEIRA SOBRINHO

É pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Atua como advogado colaborador no Departamento Jurídico XI de Agosto da Universidade de São Paulo.

AFONSO SOARES

INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E CRISE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

RESUMO

Nosso objetivo de investigação é a crise institucional no Brasil contemporâneo pela simbiose democracia-autoritarismo. A pesquisa utiliza-se de método histórico e procedimento dialético, a partir de levantamento bibliográfico à temática do Estado de Direito ao Democrático, tendo como norte a problemática da crise das instituições inserida no modelo federalista brasileiro, de presidencialismo de coalizão. Discute-se se as instituições políticas brasileiras e suas contradições pela conjugação de forças centrípetas e centrífugas. Concluímos que o Estado na sua metamorfose necessita realizar reformas estruturantes e aproximar o cidadão das instituições.

PALAVRAS-CHAVE

Cidadania; Estado; Crise; Direito Público.

1. INTRODUÇÃO

O processo democrático, como vivenciado pelas sociedades contemporâneas, tem sua origem na ideia da Polis grega, segundo o pensamento aristotélico, uma forma de democracia direta que contava com uma participação dos cidadãos gregos¹. Esse modelo sofreu grandes transformações com avanços e retrocessos na Antiguidade, na Idade Média e na Moderna. Novas luzes foram lançadas com a Revolução Inglesa, conhecida como Revolução Gloriosa, ainda no século XVII, e com o conseqüente fortalecimento econômico do Estado e da segurança. A Revolução Francesa e a Revolução Americana favoreceram a luta política contra as monarquias absolutistas e o desenvolvimento das ideias de controle do poder dos governantes. Como corolário do modelo francês, temos a igualdade formal, em que ganham força valores como a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

O século XIX foi caracterizado pelo ideal iluminista anteriormente preconizado pela Revolução Francesa, pela expansão do liberalismo, das ideias utilitaristas de Stuart Mill e das liberdades negativas positivadas pela norma jurídica, pensamento que foi combatido pelo ideal socialista e pelas teorias de igualdade econômica de Carl Marx e Engels^{2 3}.

Nem o Estado de Direito e nem o Estado Liberal conseguiram apaziguar por muito tempo os ânimos daqueles que clamavam por reformas capazes de contemplar as questões sociais, somente verificadas quando do surgimento do Estado Social (*Welfare State*) em que a Constituição de Weimar (1919) pode ser lembrada por estabelecer novos parâmetros no tocante aos direitos sociais.⁴

1 ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

2 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995

3 KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.

4 FERREIRA FILHO, Manoel G.; **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2011.

Numa tentativa de resolver o impasse do liberalismo que aprofundava as desigualdades econômicas e sociais em detrimento do bem-estar social, a política do *Welfare State* acabou por exaurir a capacidade econômica estatal por promover descabidamente uma justiça distributiva intervencionista, com o objetivo de melhorar as condições de vida daqueles mais necessitados, sem que a atividade econômica fosse capaz de gerar riqueza suficiente frente às demandas sociais que somente cresciam.

A narrativa pós-moderna reflete a aptidão dos ordenamentos jurídicos de criarem uma nova forma de comunicação, por meio do sistema normativos com a superação do método tradicional de se estabelecer condutas específicas. As normas narrativas trazem valores (*Wertträgernormen*), ajudando no desenvolvimento do Direito (*Fortentwicklungdes Reichts*), estabelecendo orientações⁵. A comunicação é experimentada como um revival da autonomia da vontade, associada à valorização extrema do tempo e do Direito como instrumento de comunicação e informação⁶. No plano constitucional, o constitucionalismo social mostra-se pluralista, comprometido com uma plêiade de valores até então afastados do texto das Cartas Constitucionais tradicionais. A axiologia constitucional não se preocupa apenas com a preservação da estrutura estatal e com as garantias individuais. Novos direitos são reconhecidos nos textos constitucionais, com a consagração de ideais políticos, econômicos e sociais. A Constituição amplia-se e abre espaço para a proteção do cidadão, do eleitor, do consumidor, do agente de produção, do trabalhador, entre outras facetas do sujeito moderno. Ao mesmo tempo, são abertos flancos para as tutelas coletivas, como a do meio ambiente, do sistema econômico e previdenciário, entre outras.

Sintetizando as principais mudanças experimentadas pelo Direito pós-moderno, em comparação com o modelo jurídico da modernidade, verifica-se que o mundo da segurança do século XVIII

5 JAYME, Erik. **Diálogos com a doutrina**. Entrevista concedida por Erick Jayme à RTDC, ano 1, n. 3, jul.- set. 2000.

6 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

deu lugar ao mundo de inseguranças e incertezas, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade, e, como consequência dessas duas assertivas, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana⁷. Nesse diapasão, permear o direito à vida e vice-versa corresponde a iluminar a essência do que tem ficado à sombra⁸.

Nesse cenário de crise e de mudança de paradigma, discute-se, no século XXI, a concepção de cidadania para além do modelo representativo, legalista e verticalizado da organização dos espaços públicos e privados dos municípios. As mudanças dos valores culturais e sociais permite uma democracia participativa que alcança desde as uniões familiares (estáveis, homoafetivas, entre outras) até a noção de cidadania em sua dimensão ativa, calcada em princípios do artigo 3º da Constituição de 1988 com vistas à sociedade livre, justa e solidária. E, nesse aspecto, após uma digressão histórica até o presente, nos deparamos com a crise do modelo de pacto federativo brasileiro fruto da ideia de Estado Democrático de Direito; a influência revolucionária burguesa, do ponto de vista político, econômico e greco-romano enquanto cultura ocidental.

Nosso objetivo de investigação é a crise institucional no Brasil contemporâneo em sua simbiose democracia-autoritarismo, estado que resulta de uma construção histórica de séculos como corolário das revoluções burguesas. Para tanto, como objetivos específicos, procurou-se: i) discutir as instituições políticas; ii) explicar como essa conjugação de fatores associada ao presidencialismo de coalizão está causando grandes influências no orçamento público; e iii) apontar os desafios a serem enfrentados pelo federalismo brasileiro diante da crise institucional. A pesquisa utiliza-se de método histórico e procedimento dialético, a partir de levantamento bibliográfico à temática do Estado de Direito ao Democrático, tendo como norte a análise da crise das instituições inseridas no modelo federalista

7 MORAES, Maria Celina Bodin. "Constituição e Direito Civil: tendências". In: *Revista da Ajuris*, Edições 97-98, 2005.

8 FACHIN, Luiz Edson. "Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil." In: *RFD/UFPA*, v. 27, 1992/93, p. 59.

brasileiro, de presidencialismo de coalizão. A justificativa da pesquisa se desenvolve a partir da crise do Estado e sua dificuldade em oferecer à sociedade serviços de qualidade, respostas à crise institucional. Haja vista que o cidadão paga muitos impostos, por outro viés, os serviços não são prestados com eficiência. Estados e Municípios estão, em sua maioria, falidos em face do modelo federativo de arrecadação e distribuição de bens partilháveis e serviços.

O artigo está dividido em tópicos. Na introdução, apresentamos justificativa, problema da pesquisa, objetivos, metodologia. A seguir, no desenvolvimento, discutimos as instituições políticas brasileiras e as raízes da crise de legitimidade a partir do referencial teórico de Oliveira Viana; Ângela de Castro Gomes; Ricardo Lewandowski, bem como analisamos a política financeira e orçamentária, os défices e a função social do tributo, tendo como principais referências os autores Aliomar Baleeiro, Kiyoshi Harada e Celso Antônio Bandeira de Mello. Também nos debruçamos sobre o presidencialismo de coalizão e as reformas político-administrativa e tributária, tendo como cerne a análise dos autores Sergio Abranches, Modesto Carvalhosa, Flávio Bierrenbach, José Carlos Dias e Ricardo Lewandowski.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. AS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS: AS RAÍZES DA CRISE

As instituições brasileiras foram calcadas com base na dicotomia Brasil real x Brasil legal. Como fator estruturante, utiliza-se de um "autoritarismo instrumental", transitório, porém recorrente; dessa feita, o país necessitaria de um sistema político autoritário cujo programa econômico e político fosse capaz de demolir condições que impediam o sistema social de ser liberal⁹. Em certa medida, essa crise tem como origem remota a própria concepção do pacto federativo

⁹ VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira: conselho editorial do Senado Federal: Brasília, 1999.

pátrio que padece de uma característica particular ¹⁰ que difere do modelo norte-americano; este foi fruto da união das 13 ex-colônias britânicas na América do Norte (soberanas após a independência em 1776). Entre nós, decorreu de um Estado Unitário, advindo do Império, e que, a partir da Constituição de 1891, passou a adotar a descentralização político-administrativa. Assim, o pacto federativo oscilou como um pêndulo, com momentos de concentração de poderes na União e, em outros, como na Primeira República, na qual apresentava um grau de descentralização tão acentuado que intelectuais temeram o esfacelamento do país ¹¹.

A Velha República inaugura um modelo de federação que resultou na “política dos governadores” mediante a influência de Estados como São Paulo e Minas Gerais (política do café com leite) por meio da relação de favores entre o governo central e os chefes políticos locais sob influência do coronelismo. Nesse sentido, identifica-se que o fortalecimento do poder central no pós-Primeira República não significou o fim do coronelismo, haja vista que não houve alteração na estrutura fundiária que permitisse suplantar o poder do chefe local ¹².

A tradição das instituições políticas brasileiras une o atraso e o progresso. Pelo lado legal, temos o artificialismo da lei, com normas inaplicáveis à nossa realidade, embora próximas ao mundo urbano industrial (poder centralizado e concentrado no Estado de bases impessoais, com burocracia técnica) que abria espaço ao caudilhismo, clientelismo e personalismo. Assim, a centralização política e o fortalecimento do Estado eram traduzidos na nacionalização e modernização do próprio poder. Do ponto de vista real, a sociedade brasileira era representada pela cultural patriarcal, escravocrata, familista, clientelista e oligárquica dos chefes da política profissional

10 “[...] As antigas províncias imperiais, despidas de maior autonomia, quando se transformaram nominalmente em Estados, tiveram de se contentar com as modestas atribuições e os poucos recursos que lhes foram avaramente adjudicados. Isso fez as unidades federadas ficarem permanentemente dependentes de favores da União para darem conta de suas obrigações mais comezinhas”. (LEWANDOWSKI, 2017, p. A2).

11 LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2

12 LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** (O município e o regime representativo no Brasil). São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1976.

(dos coronéis, do voto de cabresto e da eleição a bico de pena durante a Primeira República).¹³

A solução corporativa com o Estado Novo (controle do Estado sobre as organizações) e a força advinda do autoritarismo fez brotar do presidencialismo o populismo. E ressalte-se que, agora, não haveria mais intermediários entre o governo e o povo, ampliando-se o discurso da separação dos poderes pelo da harmonia entre os poderes pelo chefe do governo.¹⁴

Há uma característica marcante do presidencialismo no Estado Novo. Inaugura-se o populismo por meio da comunicação direta entre o presidente e o povo, representado na era Vargas pelo governo central forte (autoridade suprema do Estado) como o “pai dos pobres”. Passa-se ao discurso de “harmonia dos poderes” em detrimento da “separação dos poderes”. Nesse diapasão, verifica-se que o nosso federalismo está assentado sobre forças centrípetas e centrífugas atuando conjuntamente num movimento pendular, ora pela descentralização política e força dos Estados, ora pela centralização do governo federal – mas, em qualquer dos casos, apoiado por um autoritarismo de fundo como garantia da ordem¹⁵.

Após o período de concentração do Estado Novo com a Constituição de 1937 e de desconcentração com a Constituição de 1946, adveio o período denominado civil-militar de 1964, quando houve a centralização e a indicação de governadores e senadores “biônicos”, bem como de prefeitos de capitais a partir do interesse da segurança nacional pela nomeação de Brasília¹⁶. Insere-se, durante o governo civil-militar, o hábito do presidente de legislar por Decretos-Leis, herança essa que trouxe frutos mais tarde, já no período democrático, com as medidas provisórias pelo Executivo federal. Do ponto de vista institucional, a Constituição de 1988 inaugurou o

13 GOMES, Angela de Castro. **A política brasileira em busca da modernidade: na fronteira entre o público e o privado.** In: *História da vida privada no Brasil 4.* Fernando A. Novaes (org.). Companhia das Letras: São Paulo, 2006. p.505-506

14 *Ibidem*

15 *Ibidem*

16 LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2

“presidencialismo de coalizão”¹⁷”, em que os traços do poder local e do poder central decorrem de um chefe de governo que consiga manter articulada essa estrutura, aliado ao papel do Judiciário para assegurar a harmonia entre os poderes. A Constituição de 1988, do ponto de vista institucional, aposta numa descentralização inovadora. A união continua fortalecida, porém Estados e Municípios foram contemplados com a competência concorrente e comuns naquilo que seus interesses coincidem, bem como com a ampliação dos fundos de participação quanto ao compartilhamento dos tributos. No entanto, o quadro evoluiu novamente para a centralização a partir das reformas da previdência e administrativa, que retiraram a capacidade de legislar dos Estados nessas áreas; além da União valer-se de modo crescente das contribuições sociais (que não ingressam nos fundos de participação). Por outro aspecto, os Estados e Municípios, quanto às responsabilidades com educação, saúde e segurança pública, foram evoluindo exponencialmente, aliados à dependência daqueles aos repasses dos fundos de participação de tributos e à renúncia fiscal pelo governo federal, que acaba por comprometer as escassas receitas dos entes federados¹⁸. Entre os instrumentos jurídicos, de controle dos gastos públicos, temos a Lei de Responsabilidade Fiscal e de planejamento urbano, o Estatuto da Cidade, que apontam para a transparência das contas públicas com incentivo à participação popular (audiências públicas durante o processo de elaboração, discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos), enquanto o Estatuto da Cidade prevê a Gestão Democrática das cidades por meio da democracia participativa e seu artigo 2º, inciso II, como um dos instrumentos da gestão orçamentária participativa. No entanto, a competência constitucional de elaboração orçamentária é privativa do Executivo (art. 61, II, b da CF) e dependerá do mandatário do poder a decisão sobre o método a ser utilizado¹⁹.

17 Expressão desenvolvida por Sergio Abranches no artigo “Presidencialismo de Coalizão”, 1988, caracterizada pela necessidade de o Executivo articular uma maioria legislativa para governar, desfigurando-se o programa originalmente apresentado aos eleitores durante a campanha e se estabelecendo uma nova agenda a partir da correlação de forças entre Executivo e Legislativo por meio da formação de uma coalizão. (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. *Dados* (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34).

18 LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, Opinião, 23.04.2017. p. A2

19 VITALE, Denise. **A institucionalização jurídica do orçamento participativo.**

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º e 2º, assegura, entre outros princípios, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a democracia semidireta e representativa, bem como a tripartição de poderes pelo sistema de pesos e contrapesos. Assim, nenhuma proposta de emenda à Constituição que tente abolir a separação dos poderes (conforme previsto no art. 60, §4ª, III da Carta Magna) pode ser objeto de deliberação. Entre os direitos políticos assegurados no art. 14, *caput* e incisos I, III e III da Constituição Federal, além do sufrágio universal (voto direto e secreto), temos os instrumentos de democracia semidireta que necessitam de uma prática comum pelos governos, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Entre os mecanismos de participação popular, destaca-se o orçamento participativo²⁰. Das boas intenções à prática, há um dilema que assombra a República desde tempos remotos, cuja origem vem desde a colonização portuguesa e diz respeito à constituição do sistema político brasileiro e à negação da cidadania. Desde então, a herança colonial exportadora e escravista é um mal que nos aflige diante da negação de direitos. Esse quadro se reflete na má distribuição de renda e nos rincões de miséria que assola o país de norte a sul. Enquanto, no período colonial, os mais abastados tinham acesso às terras por meio das sesmarias, o senhor de engenho, por extensão, era dono de tudo que estivesse sob seu domínio, inclusive os escravos. Formou-se, assim, a tradição discursiva do prestígio social, econômico e político associado aos detentores do poder. As raízes do Brasil se constituíram na cultura do homem cordial ao longo da transição da Colônia Imperial para a República e se manteve uma tradição calcada em laços de parentesco dos possuidores, que mistura o público com o privado nos negócios do Estado, bem como se firmou como marca indelével da nossa história.²¹

Vivenciamos um impasse do modelo representativo das instituições pela crise de legitimidade e conseqüente ameaça à demo-

2004. Disponível em: <[http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-InstitutoRealizacaoJuridicaOP.pdf](http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-Instituto%20RealizacaoJuridicaOP.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012.

20 BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. 14. ed. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003

21 HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

cracia por ideologias que não representam os interesses nacionais, mas o velho clientelismo. A própria concepção de ameaças às liberdades não pode ser reduzida a simples interesses patrimonialistas, senão com viés que leve em conta a dignidade da pessoa humana com vistas à justiça social. Faz-se mister estar atento às ameaças totalitárias, como um mau exemplo da política.

A política totalitária não substitui um conjunto de leis por outro, não estabelece o seu próprio *consensus iuris*, não cria, através de uma revolução, uma nova forma de legalidade. O seu desafio a todas as leis positivas, inclusive às que ela mesma formula, implica a crença de que pode dispensar qualquer *consensus iuris*, a ainda assim não resvalar para o estado tirânico da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo.

[...] Essa identificação do homem com a lei, que parece fazer desaparecer a discrepância entre legalidade e a justiça [...] supostamente revela a sua autoridade no próprio homem.²²

Diversamente ao totalitarismo, a democracia, na lição aristotélica, pressupõe liberdade de escolha, revezamento de governo e eleições livres²³. E, na tradição de valores liberais defendida por Stuart Mill, a ideia de governo democrático ideal é o representativo²⁴. Para além da democracia representativa, não podemos ignorar que viver em instituições justas e que promovam políticas públicas efetivas visando à vida boa para todos é um dos dilemas do capitalismo pela dificuldade em conciliar democracia e liberalismo:

[...] fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre a exigência dos liberais de um Estado que governe o menos possível

22 ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 514-515, grifo do autor.

23 ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

24 MILL, Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006

e a dos democratas de um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e de liberdade positiva, e em relação aos quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo conforme o posto que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor opostos [...].²⁵

No Brasil, a democracia foi sempre um mal-entendido, importada e acomodada por uma aristocracia rural e semifeudal em benefício dos seus direitos ou privilégios.²⁶

A fragilidade democrática e institucional brasileira traz alguns traços do autoritarismo latino-americano pela associação entre elite política e militar. Essa transição do regime civil-militar para o período de redemocratização rende frutos até hoje, devido ao dispositivo constitucional (art. 142) na Constituição Federal em que caberia aos militares o papel de garantidores da ordem.

O controle civil sobre os militares nunca houve, plenamente, desde a redemocratização em 1985. Sempre pairou uma zona cinzenta que poderíamos chamar de hibridismo institucional. Os ritos de uma democracia eleitoral formal convivem com enclaves e prerrogativas militares.

Esse pacto informal resulta em um equilíbrio instável, e o grau de acomodação entre civis e militares varia com as circunstâncias políticas.²⁷

Pari Passu ao pacto institucional do período de redemocratização, há uma ordem constitucional que, do ponto de vista formal, privilegia a cidadania e, ao mesmo tempo, insiste em negá-la. Haja

25 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 81-97.

26 HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

27 ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B15

vista o “ethos democrático”²⁸ dos fatores reais do poder^{29 30}, vislumbra afirmar governos democráticos eleitorais, e não o regime democrático.

2.2. DA POLÍTICA FINANCEIRA E RESPONSABILIDADE ORÇAMENTÁRIA: OS DÉFICES E A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUTO

A chamada tragédia do Estado, entendida como a transmutação do sucesso da estatalidade em insucesso do paradigma político-estatal, é a principal fonte dos problemas da teoria da constituição. Assim, o Estado se torna vítima de seu sucesso, haja vista que se tornou a própria ideia diretiva na teoria da constituição, transformando-se em categoria ontológica, ignorando sobranceiramente a secularização e civilização da política e a contingência da ordem social e subsistindo quase como categoria religiosa³¹.

Há uma tendência de muitos Estados pela manutenção dos défices orçamentais em alta e pela condução de políticas orçamentais pró-cíclicas com base no conjunto de incentivos que conforma o comportamento dos agentes políticos. Compreender o tipo de incentivos em jogo na adoção de exigências de políticas econômicas de curto prazo, em vez da priorização das exigências de médio/ longo prazo de equilíbrio de finanças públicas, possibilita o estabelecimento de vias possíveis de alteração dos esquemas de incentivos vigentes, acrescentando esquemas de incentivos corretivos.³²

28 ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B14-15

29 Conforme Ferdinand Lassalle: “[...] Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. (LASSALE, 1933, p. 12)

30 Ibidem

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

32 GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). A crise e o direito público. In: ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO, 6, 2013. **Anais...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

Hoje, parece normal que se procure um Estado cuja atuação se norteie por dois princípios máximos, isto é, a supremacia do interesse público em detrimento do particular e a dignidade da pessoa humana. O primeiro permite a intervenção estatal na esfera privada, nos casos legalmente previstos, sendo inerente a qualquer sociedade e condição para sua própria existência. A intervenção estatal, por exemplo, pode restringir, garantir ou ampliar direitos. No primeiro caso, temos os institutos da desapropriação e da requisição, expressamente elencados no art. 5º., incisos XXIV e XXV, de nossa Lei Maior. No segundo, temos aqueles casos em que o Estado interventor age para possibilitar a efetivação de direitos fundamentais, tais como a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que prevê uma série de normas interventivas na iniciativa privada para possibilitar uma paridade de armas entre a parte hipossuficiente e os fornecedores do produto ou serviço. No terceiro, temos os casos em que o Estado cria novos direitos para suprir determinada insatisfação social ou desordem econômica. Obviamente, restringir, ampliar e garantir não são ideias restritas, pois, muitas vezes, o ato de criar um direito é, também, impor limites^{33 34}.

Ora, o núcleo material da forma política capitalista é o Estado. A administração é o corpo burocrático do Estado e o governo é o núcleo poderoso e dirigente. Governo e administração, portanto, são os organismos da política estatal. Aqui, todas as instituições políticas tendem a ser consideradas enquanto fenômenos derivados do Estado, como que surgidas do auto desdobramento ou de uma vontade criadora estatal. Trata-se de uma derivação, apesar de possível num plano imediato, decorrente de uma dinâmica complexa, variável e contraditória das próprias instituições e do Estado com reprodução econômica capitalista e suas formas sociais fundantes.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

34 ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

Derivada das formas econômicas do capitalismo, a forma política gera as balizas para as dinâmicas coesas ou contraditórias de sua derivação interna. No capitalismo, as instituições políticas operam sua dinâmica sob a coerção da forma política e das formas sociais do capital ³⁵.

Os manuais e tratados de direito tributário se esforçam em abordar as garantias dos contribuintes, não sem razão, eis que as mesmas, vez por outra, cedem lugar a equívocos e abusos indevidos por parte do poder público. Todavia, poucas linhas são escritas em prol das garantias para o terceiro elemento da relação tributária: a sociedade, ou a parcela da mesma que vive carente de recursos e à margem dos principais processos econômicos e políticos, (sobre) vivendo, em um número cada vez maior, abaixo da linha de pobreza. São, em última análise, ou deveriam ser por força constitucional, os destinatários de grande parte dos tributos e como tais têm absoluto interesse em participar ativamente daquela relação [...] ³⁶

Dessa forma, é na supremacia do interesse público que a fiscalidade, a extrafiscalidade ³⁷ e, também, a parafiscalidade tributária ³⁸ ganham fundamento, permitindo que o poder

35 MASCARO, Leandro Alysso. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

36 BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária: por uma efetiva função social do tributo**. Brasília; a. 43, n. 169, id/496901, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92297/Bastos%20El%3%ADsio.pdf?sequence=7>>. Acesso em: 11 abr. 2017, p. 149.

37 "A função extrafiscal importa realizar os fins constitucionais do Estado, mediante a canalização de recursos para finalidades específicas e a criação de estímulos que visam induzir ou reprimir comportamentos, orientando-os na busca pelos mesmos objetivos, à medida que cria diferenças entre indivíduos e coisas, a qual está em consonância com sua concepção de fiscalidade que se compõe apenas da função do tributo de arrecadar recursos para mera manutenção da estrutura do Estado [...] o sistema tributário é organizado segundo duas grandezas: o fato gerador e a destinação do produto arrecadado pelos tributos. Essas grandezas, que definem as espécies tributárias, são dotadas de potencialidades extrafiscais" (GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 279-280).

38 "[...]Fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses -

público atue na ordem econômica, sobretudo ampliando e/ou restringindo direitos em favor do interesse coletivo, como se expressa na ideia de equilíbrio da ordem econômica³⁹ 40.

O bem comum, finalidade de realização do Estado, segundo a visão de diversos autores, é noção difícil e complexa. Grosso modo, pode ser definido enquanto ideal que promova o bem-estar e conduza a um modelo social capaz de garantir o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, estimulando a compreensão e a prática de valores espirituais. O Estado desenvolve inúmeras atividades para atingir esse fim, cada uma delas objetivando a tutela de alguma necessidade pública, entre as quais aquelas de natureza essencial, como as concernentes à segurança pública ou prestação jurisdicional, cabendo ao Estado sua realização de forma direta e indireta. São de interesse primário do Estado, indelegáveis em função da indisponibilidade do interesse público, diferentes daquelas que representam interesses secundários, podendo ser desenvolvidas diretamente pelo poder público ou concessionadas para outras instituições, normalmente empresas estatais. Antigamente, o Estado se valia de requisição de bens e serviços de seus súditos, de colaboração gratuita e honorífica destes no desempenho de funções públicas e do aposamento de bens de inimigos derrotados na guerra, quando se tratava da realização dessas atividades. Tais processos fo-

sociais, políticos ou econômicos - interfiram no direcionamento da atividade impositiva [...] podemos definir parafiscalidade como o fenômeno jurídico que consiste na circunstância de a lei tributária nomear sujeito ativo diverso da pessoa que a expediu, atribuindo-lhe a disponibilidade dos recursos auferidos, para o implemento de seus objetivos peculiares. Dois aspectos, por conseguinte, não de ser atendidos para que venhamos a isolar o chamado tributo parafiscal: 1) sujeito ativo indicado expressamente na lei instituidora da exação, diferente da pessoa política que exerceu a competência; e 2) atribuição, também expressa, do produto arrecadado, à pessoa apontada para figurar como sujeito ativo. Poderão ser sujeitos ativos de tributos parafiscais as pessoas jurídicas de direito público, com ou sem personalidade política, e as entidades paraestatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, mas que desenvolvem atividades de interesse público. Inúmeros são os casos de tributação parafiscal no direito positivo brasileiro. O pedágio cobrado pelo DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S.A - entidade paraestatal); [...]” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228-232).

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

40 ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

ram substituídos pelo regime de despesa pública no Estado moderno, que consiste no pagamento em dinheiro dos bens e serviços necessários à realização do bem comum. Por isso, a atividade financeira do Estado, na procura de meios para satisfazer as necessidades públicas, isto é, obter, criar, gerir e despende dinheiro indispensável às necessidades assumidas pelo Estado, busca o dinheiro e a sua aplicação para consecução das necessidades públicas primárias, que são aquelas de interesse geral satisfeitas exclusivamente pelo processo do serviço público. Assim, a atividade financeira do Estado pode ser conceituada como atuação estatal voltada para obter, gerir e aplicar os recursos financeiros necessários à consecução das finalidades do Estado que, em última análise, se resumem na realização do bem comum^{41 42}.

No Brasil, é dever da União estabelecer normas gerais sobre a administração financeira e orçamentária conforme previsto no texto constitucional (art. 24, I e II, da CF/88). No entanto, isso não exclui a competência suplementar dos Estados, municípios e do Distrito Federal. De acordo com o art. 30, II, da *Lex Legum*, a título de ilustração, o município poderá legislar suplementarmente no que não conflitar com a legislação federal ou estadual. Assim, o ente municipal pode fixar normas especiais de controle interno e de administração financeira e orçamentária. Por sua vez, como o orçamento é uma peça de ficção que procura antever o futuro, nem sempre seus autores conseguem êxito em suas previsões, o que gera situações de déficit. É por isso que o princípio do déficit fiscal deve estabelecer o equilíbrio entre as aspirações sociais e os gastos efetivamente desembolsados no sentido de satisfazê-las.⁴³

41 BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

42 HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.

43 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

A interação estratégica permite que seja alcançado um nível de bem-estar social se as políticas monetária e fiscal são descentralizadas, porque uma “mão invisível” harmoniza as decisões do Banco Central e do Tesouro Nacional. Enquanto a taxa de inflação e o nível do produto devem ser estabilizados pelo Banco Central, o Tesouro Nacional deve estabilizar a trajetória da dívida pública e o nível do produto. Trata-se de resultados relativos a momentos de normalidade no ciclo econômico, por suposto, que são alterados na presença de grandes choques de demanda. Inflação e produto estável são condições necessárias para o bem-estar social, mas não suficientes, já que se deve evitar a criação de grandes desequilíbrios financeiros.

A crise global trouxe mudança no entendimento comum, que tomava como certo que considerações sobre estabilidade financeira não deveriam desempenhar um papel nas decisões sobre política monetária, já que esta não teria influência sobre aquela. Entretanto, os bancos centrais tiveram de admitir que não era bem assim, tendo em vista a exigência de uma sorte considerável para que os objetivos tradicionais de política monetária, como estabilização do nível de atividade e da taxa de inflação, coincidissem com os da estabilidade financeira. Assim, é tarefa dos reguladores macro prudenciais como os bancos centrais o monitoramento e a avaliação quanto ao risco para a estabilidade financeira em torno das posições financeiras assumidas por instituições alavancadas. Especificamente, devem analisar se a cauda inferior da distribuição dos resultados futuros do conjunto de instituições financeiras é muito grande, de forma a gerar um risco sistêmico (daí a independência da estabilidade financeira em relação à política monetária).⁴⁴

⁴⁴ LICHA, Antonio Luis. **Teoria da política monetária: uma abordagem a nível intermediário**. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, 2012.

Reduzida da sua função política no momento de chegada, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, importada das constituições francesa e alemã, aqui aparece como arquitetada pelo Executivo central, e não pelo Legislativo, que apenas vota no Brasil. Torna-se instrumento estratégico fundamental para impedir que o país chegue à bancarrota, dada a malversação do dinheiro público a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁴⁵

A Lei de Responsabilidade Fiscal estatuiu normas severas para sua aplicação, com a finalidade de coibir gastos desmesurados nos três poderes e nas três esferas jurídicas. A doutrina viu, em alguns de seus princípios, afronta aos princípios federativos, como é o caso do art. 20, que chegou a ser questionado perante o poder Judiciário por afrontar o princípio da separação dos poderes, tendo sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶. Hoje, fala-se de um modelo de Estado subsidiário que emerge da busca de reequilíbrio entre o campo da liberdade individual e da interferência estatal na vida privada, tendo por característica a convivência entre o conjunto de atribuições de que está incumbido e o espaço da liberdade e da responsabilidade da sociedade, que deve atuar de forma autônoma em alguns campos da vida. Tem-se, assim, uma interdependência crescente entre o Estado e a sociedade, num modelo no qual cada comunidade deve cumprir parte das tarefas.⁴⁷

Assim como o Estado do Bem-Estar Social foi o Estado da Sociedade Industrial, entrando em crise pela voracidade na extração de recursos financeiros da sociedade para financiar políticas desenvolvimentistas e de pleno emprego, o Estado subsidiário é o Estado da Sociedade de Risco. Em vez de um

45 MORGENSTERN, Flavio. A lei de responsabilidade orçamentária de Dilma: o fim da república. **Instituto Liberal**. Rio de Janeiro: IE, 2014. Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/lei-de-responsabilidade-orcamentaria-de-dilma-o-fim-da-republica/>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

46 HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.

47 ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). **Direito tributário** (homenagem a Hugo de Brito Machado). São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Estado pós-moderno, conduzido por mecanismos de desregulamentação e autorregulação, temos um Estado pós-positivista, ainda moderno, pautado em suas ações no princípio da transparência para superar os riscos sociais.⁴⁸

Do regime jurídico do direito público que incide sobre os serviços públicos decorrem certas prerrogativas especiais em favor do Estado prestador ou daqueles que prestem atividade no seu nome, podendo ou não vir associadas a deveres especiais, naqueles casos em que princípios como universalização, modicidade tarifária, continuidade e outros integram o regime jurídico de direito público que, hoje, deve levar em conta a responsabilidade fiscal e a função social do tributo. Há, no entanto, que se conciliar a ordem econômica com a sua função social: “[...] os tributos, que são a fonte de recursos do Estado...nunca se limitando à simples arrecadação de valores, ou seja, os tributos devem cumprir com sua função arrecadatória e com sua função social simultaneamente”⁴⁹

2.3. DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO À CRISE DE LEGITIMIDADE INSTITUCIONAL

A cordialidade⁵⁰ calcada na simbiose público-privada das relações sociais invade a esfera política e jurídica por meio de correlação de forças desigual no campo deliberativo não só da justiça, mas da própria democracia brasileira. No atual estágio do Estado brasileiro, embora haja independência e separação entre os poderes, cada qual funciona representando interesses corporativos que, em grande medida, destoam do fim ao qual foram escolhidos.

48 TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do direito tributário. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 223-244, jan./jun. 2006.

49 SANTOS, Antônio Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota Lopes (Coord.). *Fiscalidade: outros olhares*. Porto: Vida Económica, 2013, p.203

50 Acerca do tema, ler “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda, que trata do homem cordial revelado nos laços de parentesco e na mistura entre o público e o privado nos negócios do Estado (HOLANDA, 2008).

Uma análise do sistema de governo no Brasil revela que uma das causas do distanciamento na representação do povo é expresso pelo presidencialismo de coalizão cuja formação envolve 1) aliança eleitoral com negociação das diretivas programáticas mínimas (amplas e pouco específicas); 2) a constituição do governo com disputa por cargos e compromissos relativos a programa mínimo de governo; e 3) transformação da aliança em coalizão efetiva de governo quando emerge o problema da formação da agenda e dos compromissos e circunstâncias, bem como a legitimidade e continuidade da coalizão. Entre o segundo e terceiro item, residem as condições de sua continuidade, haja vista a formação do governo. A elaboração do seu programa de ação e calendário negociado de eventos terá impacto direto na sua estabilidade no futuro ⁵¹.

É preciso compreender, nesse sentido, que os poderes do Estado trabalham em sintonia para manter o *status quo*, seja pela política como campo da representação, seja pela esfera jurídica e administração do aparelho da justiça: o Leviatã está em decadência. Urge a necessidade do *mutatis mutandis* pela participação do cidadão na *Pólis*.

Verificamos, na contemporaneidade, que o modo de administrar o erário público resulta na pouca credibilidade da população no Estado. Esse fato se deve não só à desconfiança na representação política, mas à crise de legitimidades das instituições, à política econômica e de incentivos fiscais dos governos central e local, aliado a fatores externos. Uma análise da performance da economia brasileira entre o período 2003-2016, por exemplo, identifica a desaceleração econômica e recessão.

Nossa análise mostra que houve alguns problemas tanto de coordenação na política macroeconômica que tornou políticas anticíclicas pouco eficazes no período 2011-2014, como no que se refere a políticas contractionistas em 2015, quanto a problemas relacionados a

51 ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados* (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

choques exógenos, como piora nos termos de troca e crise hídrica⁵².

O aspecto econômico relacionado à necessidade de uma reforma política e tributária associa-se à crise de legitimidade decorrente da forma assistencialista de gerir o Estado e tem suas raízes no pacto colonial com a burocracia institucional, o patrimonialismo, o personalismo como herança lusitana que prevalece até nossos dias por meio da lei da vantagem advinda dos desmandos com a coisa pública.

A lógica do campo jurídico que orienta as práticas e discursos é determinada em dois sentidos: a) pelas relações de força específica que estruturam e orientam os conflitos de competência das diversas instituições do sistema de justiça; e b) pela delimitação do espaço do possível, ou seja, do universo das soluções propriamente jurídicas, a partir da lógica interna das obras jurídicas. E esse determinismo compromete a harmonia entre os agentes e o resultado de boa parte dos esforços no sentido de tornar o sistema Judiciário e o direito mais democráticos, participativos. Ou seja, a “institucionalização da democracia” permite vislumbrar o povo como sujeito da política, não instrumento.⁵³

Os mecanismos democráticos são assemelhados aos requisitos que Habermas (2004) descreve como a necessidade de harmonia entre a autonomia política e a autonomia privada. A autonomia política surge da auto-organização de uma comunidade ou povo, que exerce sua vontade soberana atribuindo a si mesmo suas leis. A autonomia privada, por sua vez, diz respeito aos direitos fundamentais, que ocupam o lugar de garantia do domínio anônimo das leis. Sem autonomia privada das pessoas de direito, não há qualquer direito, o que equivale a dizer que os direitos fundamentais ocupam o lugar de *medium* para a institucionalização jurídica das condições que permitem o exercício da autonomia pública dos cidadãos de um Estado⁵⁴.

52 PAULA, Luiz Fernando; PIRES, Manoel. **Crise e perspectivas para a economia brasileira**. Estudos Avançados. 31 (89), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p.142

53 ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

54 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

Há, no entanto, uma crise institucional pelo desequilíbrio de forças entre os poderes e seu distanciamento do cidadão. Juristas como Bierrenbach, Carvalhosa e Dias (2017), apontam como raiz da crise a burocracia do Estado, impossibilitando-o de dar respostas aos reclames sociais, pois traria em seu bojo a face do casuísmo e do corporativismo. O caminho seria uma nova constituinte como curso natural da história. E propõem uma reforma estrutural, política e administrativa como indispensável à restauração da ordem institucional, com eliminação do foro privilegiado; eliminação da desproporção de deputados eleitos por Estado; voto distrital puro e eleição dos parlamentares por distrito; referendo em caso de o Congresso Nacional legislar em causa própria; estabelecimento de consulta (referendo ou plebiscito) para qualquer matéria constitucional relevante; vedação de parlamentar exercer cargos na administração pública durante o cumprimento do mandato; entre outras alterações substanciais, dentre as quais destacamos: criação ou aumento de imposto, somente com referendo; fim das coligações para quaisquer eleições e fim dos cargos de confiança na administração pública.⁵⁵

Reconhecemos que o atual sistema “presidencialista de coalizão” está na raiz da crise institucional, pois centraliza os poderes e recursos no Executivo federal, que, para compor maioria necessária à formação de um programa de governo, acaba cedendo a interesses casuísticos. Entendemos como grande desafio uma urgente reforma política e administrativo-tributária como instrumento à crise institucional com a) melhor distribuição de competências entre União, Estados e municípios; b) simplificação, harmonização de impostos e uma melhor política redistributiva da arrecadação entre os entes federados; c) mudança na representação por meio do voto distrital; d) a ampliação da consulta popular sobre temas de relevante interesse nacional; e) fim do foro por prerrogativa de função e da reeleição para todos os pleitos; f) adoção do parlamentarismo como sistema de governo; g) intensificação dos meios consensuais em matéria de tributos pela administração e o contribuinte e ampliação de realização de acordos extrajudiciais de débitos ad-

55 BIERRENBACH, Flávio; CARVALHOSA, Modesto; DIAS, José Carlos. *Manifesto à Nação. O Estado de S. Paulo*, São Paulo, Opinião, 09.04.2017, p. A2.

ministrativos de forma ampla pela administração direta observado sempre a supremacia do interesse público; e h) uma melhor distribuição na arrecadação tributária entre os entes federados. Exemplos dessa crise são a renúncia fiscal sem contrapartida por parte das empresas e a guerra fiscal entre os entes da federação, em que todos saem perdendo arrecadação e investimentos públicos essenciais, em nome dos incentivos fiscais, e a população fica desprovida dos seus direitos fundamentais: faltam creche, merenda, remédio e, principalmente, investimento em pesquisa e tecnologias que nos permita sair da condição de país periférico, voltado à exportação de *commodities*. Assim, diante da falta de confiança do cidadão nas instituições, entre os desafios à crise, podemos apontar a necessidade de um modelo de gestão dialógico-democrático-participativo com reformas estruturantes políticas e administrativo-tributárias, respeitado o quórum qualificado e as cláusulas pétreas.⁵⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise institucional do presente, advém da tradição política democrática na forma e autoritária no modo de agir com os cidadãos, essa é a questão central do debate atual da democracia brasileira como fonte da crise de legitimidade dos poderes. A saída à crise apontada por setores conservadores são, em seu conjunto, respostas autoritárias contra o processo de luta pelos avanços do constitucionalismo do novo milênio, reações capitaneadas pelo mandonismo local em detrimento da democracia como reação aos avanços sociais. Trata-se da carência de participação popular nas decisões locais e revela um déficit da cidadania no Brasil pelo viés autoritário dos governos.

Os desequilíbrios estruturais repercutem em défices nas contas públicas há séculos e ganham cada vez mais relevo diante da necessidade de que a prevenção opere mediante limitação da média de gastos à média da receita, num período de tempo razoável, para que a sociedade civil volte a poupar e a classe empresarial tenha

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** 1988. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

confiança para investir, gerando emprego, renda e mais tributos. Almeja-se que a despesa não ultrapasse a capacidade de pagamento do Estado, para que, dessa maneira, não se afete a ação governamental, que, como positivado nas Constituições, deve sempre perseguir o bem-estar da coletividade. Os desajustes estruturais, como descritos pela lei complementar, são oriundos de forças que criam influências ora pelas forças do acaso, ora por pressões de agentes econômicos, públicos etc., e, por conseguinte, interagem com o sistema econômico. Quando o volume de gastos supera o das receitas, o desequilíbrio orçamentário toma corpo com a falta de recursos para atender à coletividade. A crise existente pode ser medida pelas desigualdades dos fluxos monetários e mostra o desnivelamento nas contas públicas, responsável pelo déficit fiscal persistente. Há carência do uso de meios extrajudiciais na esfera administrativa de forma ampliada com vistas a desburocratizar a máquina pública e desjudicializar conflitos.

No Direito brasileiro, os serviços públicos, que são instituições de direito público, são vistos com forte apego ao seu aspecto formal na prestação de serviços por parte do Estado ou por quem atue sob sua delegação. Tais instituições, via de regra, são construídas quase sempre como prerrogativa do Estado e não como um direito dos cidadãos embora a Constituição Federal de 1988 garanta um enorme plexo de direitos fundamentais que ocupam, em tese, o centro da ordem jurídica. *Pari passu* ao desequilíbrio nas contas públicas e à crise de legitimidade institucional, resta-nos uma profunda reforma política e administrativo-tributária. O Direito alcança o viés ético, dialógico com a comunidade. Nesse diapasão, advém a necessidade de rediscutir o presidencialismo de coalizão (e a velha política eleitoreira que mistura o público com o privado e acaba solapando a capacidade de mudanças estruturais pelo comprometimento dos governos com as alianças para formar maioria e governar a curto prazo).

Fazem-se mister reformas estruturais que tratem das assimetrias entre os entes federados (muitos Estados e Municípios estão falidos e acabam se submetendo aos caprichos do governo central para receber recursos públicos) e da relação dialógica entre os entes e

cidadãos, que são vistos apenas como eleitores aptos a votar a cada quatro anos, *pari passu* às péssimas condições dos serviços ofertados à população, que paga caros tributos e não vê melhoria nas condições de vida. Os governos promovem, de um lado, a guerra fiscal, de outro, a União promove a renúncia fiscal; no meio, o povo exige respeito aos seus direitos fundamentais. O principal desafio diante da crise institucional seria a necessidade de reformas estruturantes e, portanto, um governo com maior legitimidade, capacidade de diálogo e articulação com vistas às reformas estruturais por meio da aproximação entre o cidadão e o Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados** (Revista de Ciências Sociais). Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 34.

ALMEIDA, Larissa (Org.). **Jornada Direito Público**. Campina Grande: Associação da Revista Eletrônica A Barriguda (AREPB), 2013.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A função tributária**: por uma efetiva função social do tributo. Brasília; a. 43, n. 169, id/496901, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92297/Bastos%20EI%C3%ADsio.pdf?sequence=7>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BIERRENBACH, Flávio; CARVALHOSA, Modesto; DIAS, José Carlos. Manifesto à Nação. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Opinião, 09.04.2017, p. A2.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. 14. ed. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2003

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 315 p.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNE-POHL, Terence (Coord.). **Direito tributário** (homenagem a Hugo de Brito Machado). São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. "Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil." In: RFD/UFPP, v. 27, 1992/93, p. 59.

FERREIRA FILHO, Manoel G.; **Direitos humanos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Saraiva, 2011.

GOMES, Angela de Castro. **A política brasileira em busca da modernidade**: na fronteira entre o público e o privado. In: História da vida privada no Brasil 4. Fernando A. Novaes (org.). Companhia das Letras: São Paulo, 2006.

GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). A crise e o direito público. In: ENCONTRO DE PROFESSORES PORTUGUESES DE DIREITO PÚBLICO, 6., 2013. **Anais...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2004

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

JAYME, Erik. **Diálogos com a doutrina**. Entrevista concedida por Erick Jayme à RTDC, ano 1, n. 3, jul.- set. 2000.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Walter Stönnner. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf>>. Acesso em: 30.05.2020.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto** (O município e o regime representativo no Brasil). São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1976.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Opinião, 23.04.2017. p. A2

LICHA, Antonio Luis. **Teoria da política monetária**: uma abordagem a nível intermediário. Rio de Janeiro: Instituto de Economia da UFRJ, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MASCARO, Leandro Alysson. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILL, Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Tradução de Débora Ginza e Rita de Cássia Gondim. São Paulo: Escala, 2006

MORAES, Maria Celina Bodin. "Constituição e Direito Civil: tendências" **In**: Revista da Ajuris, Edições 97-98, 2005.

MORGENSTERN, Flavio. A lei de responsabilidade orçamentária de Dilma: o fim da república. **Instituto Liberal**. Rio de Janeiro: IE, 2014. Disponível em: <<https://www.institutoliberal.org.br/blog/lei-de-responsabilidade-orcamentaria-de-dilma-o-fim-da-republica/>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

PAULA, Luiz Fernando; PIRES, Manoel. **Crise e perspectivas para a economia brasileira**. Estudos Avançados. 31 (89), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, pp. 125-144

SANTOS, Antônio Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota Lopes (Coord.). **Fiscalidade**: outros olhares. Porto: Vida Económica, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, consentimento e princípios de legitimação do direito tributário. **Revista Internacional de Direito Tributário**, Belo Horizonte: Del Rey, v. 5, p. 223-244, jan./jun. 2006.

VIANA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Coleção Biblioteca Básica Brasileira: conselho editorial do Senado Federal: Brasília, 1999.

VITALE, Denise. A **institucionalização jurídica do orçamento participativo**. 2004. Disponível em: <[http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-Institutio nalizacaoJuridicaOP.pdf](http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-Institutio%20nalizacaoJuridicaOP.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVERUCHA, Jorge. A espada sobre a lei. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, Caderno Ilustríssima, 24.05.2020. p. B14-15.



GUILHERME VIEIRA BARBOSA

É doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista.

CARLOS EDUARDO DE ABREUL BOUCAULT

É pós-doutor pela Albert-Ludwigs Universität. Atualmente, é professor assistente da Universidade Estadual Paulista, professor titular da Universidade Nove de Julho e professor titular da Fundação Armando Álvares Penteado.

**GUILHERME VIEIRA E
CARLOS EDUARDO DE
ABREU**

**GRITOS DE SOCORRO, DE LIBERDADE E
DE INDEPÊNDENCIA: UM PANORAMA SOBRE
A REALIDADE DAS MULHERES DESLOCADAS
INTERNAS E A (IN)EXISTÊNCIA DE ASSISTÊN-
CIA JURÍDICO-SOCIAL EM ASSENTAMENTOS
DE MIGRANTES FORÇADOS**

RESUMO

Num mundo globalizado em que há conflito entre valores gerados por sistemas que pregam conceitos distintos, há uma minoria que se encontra vulnerável e à mercê de quaisquer direitos efetivos, os deslocados internos, que são todo grupo numeroso de pessoas que foram forçadas, de forma súbita ou inesperada, a desenraizar-se e a abandonar as suas casas, fixando-se em locais diferentes no seu país, em razão de perseguições por razões diversas, mas que acabam não cruzando fronteiras, o que por si só gera graves e acentuados problemas, já que acabam se submetendo a condições de vida degradantes nos locais onde lhes é permitido sobreviver. A situação se agrava ainda mais tendo em vista que os deslocados internos estão inseridos num contexto em que inexiste uma organização internacional específica para sua proteção e, pior,

em que o próprio Estado de tais migrantes geralmente é o grande (ou único) propulsor e gerador dessas migrações internas de pessoas observadas dentro de suas fronteiras, o que o torna, na maioria das vezes, como o principal agente potencializador de resultados e agravamentos de violência, opressão e perseguição à situação já complicada desses grupos. A partir do levantamento bibliográfico e do método dedutivo, observa-se o panorama jurídico-social desses migrantes que fogem para sobreviver, mas, em vez de encontrar respaldo no novo local que os acolhe, acabam encarando entraves, às vezes, ainda piores. Ademais, partindo da mesma premissa e metodologia, focar-se-á em analisar e expor os principais conceitos, questões e propostas que abarcam o panorama dessas pessoas reféns e vulneráveis de sua própria lamentável situação e, mais especificamente, de grupos minoritários de direitos inseridos no âmbito já precário das migrações forçadas, como as mulheres deslocadas internas, existentes nas estranhas desse fenômeno migratório, já que as dificuldades que se levantam diariamente para efetivação dos direitos a elas inerentes fogem do controle e ultrapassam todo limite admissível de razão e bom senso. Tais minorias frágeis lutam por preceitos basilares e direitos mínimos existenciais, tal como a ruptura do dogma de sujeito único e universal de direitos pautado em estereótipos e condições extremamente divergente das suas, o que acaba por acarretar imensuráveis dificuldades de se desenvolverem e se inserirem no seu contexto social de maneira digna e formal, além de garantir e efetivar o seu direito de ter direitos como marco de tolerância e respeito à dignidade humana independente de estereótipos, como os que causaram suas perseguições e migrações.

PALAVRAS-CHAVE

Deslocados internos; Mulheres; Migrações; Dignidade Humana; Diversidade.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da comunidade internacional e a intensificação das relações da sociedade de Estados que a compõem têm gerado novos rumos que começam a ser traçados, novos benefícios e conquistas a serem almejados e alcançados, mas também novos desafios e questões que precisam ser observados sob uma ótica cada vez mais humanista, justa, coletiva e igualitária. Um dos que mais se destacam é a proteção dos grupos vulneráveis de pessoas, que estão à mercê de qualquer amparo jurídico-social e político e, às vezes, dentro de seu próprio país, possuem até seus bens jurídicos fundamentais e direitos inerentes ameaçados ou já lesados pela opressão avassaladora do homem sobre o próprio homem.

É sob esse prisma que se insere o estudo dos deslocados internos, um dos grandes desafios para a humanidade no século atual, já que tal questão demanda esforços para sistematizar as normas de proteção internacional, principalmente as aplicadas às diferentes situações de migração, recepção, tolerância e acolhimento ao próprio nacional desamparado¹. Um dos árduos compromissos da comunidade internacional é o de aprimorar e efetivar a proteção dos direitos humanos basilares já assegurados a todas as pessoas em movimento² e que estão sem qualquer tutela e amparo devido a fatores estruturais e básicos, como a falta de efetividade e aplicação dos direitos e pressupostos oriundos da cidadania em si de um nacional dentro de seu próprio país, que foi forçado a migrar para viver, o que atinge diretamente um direito fundamental do ser humano.

1 Cf. CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan. **International migration law: developing paradigms and key challenges**. Hage: T.M.C. Asser Press, 2007.

2 Cf. MCADAM, Jane. Book reviews, international migration law: developing paradigms and key challenges. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 19, n. 4, p. 776-779, 2007.

1. QUEM SÃO OS DESLOCADOS INTERNOS

Deslocados internos, denominados também de refugiados internos (em inglês, *internally displaced people*, ou a sigla *IDP*), são pessoas forçadas a fugir de suas casas, de suas regiões ou dos locais de moradia dentro de seu próprio país, mas que, de maneira diferente dos refugiados, não cruzam uma fronteira internacional para encontrar abrigo, proteção e amparo, permanecendo dentro de sua própria nação.

Em contexto geral, os deslocados internos fogem e migram por razões similares às dos refugiados (como conflitos armados, violências generalizadas, violações de direitos humanos, perseguição religiosa, de gênero ou étnica, etc.), mas permanecem dentro das fronteiras de seu país. Com isso, continuam legalmente sob proteção das autoridades do governo do seu país ainda que esse governo possa ser o próprio causador do deslocamento.³

Portanto, os deslocados internos podem ser considerados todo e qualquer grupo numeroso de pessoas forçadas, de forma súbita ou inesperada, a desenraizar-se e abandonar suas casas, fixando-se em locais diferentes no seu país. São as "pessoas que, por forças alheias as suas vontades, tiveram que deixar seus lares, a fim de proteger suas vidas, e que buscam proteção"⁴.

2. MULHERES DESLOCADAS INTERNAS: UM MERGULHO NA VULNERABILIDADE DE PESSOAS JÁ OPRIMIDAS

Não bastassem se encontrar em uma situação de grande vulnerabilidade, já que a situação dos deslocados internos se mostra como de pessoas suscetíveis a intensas incidências de questões frágeis e delicadas, existem, ainda, dentro de seu cerne, grupos que se apresentam em circunstâncias ainda mais avassaladoras, já que se mostram em um panorama de extrema rendição para o contexto

³ ACNUR. Deslocados internos. **ACNUR**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/>> Acesso em 25 fez. 2021.

⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 164

sociocultural e político em que estão inseridos. Entre eles, vale destacar o caso das mulheres deslocadas internas.

Sabe-se que, desde as transformações sociais despontadas a partir da década de 1960, a partir de incontáveis lutas, guerras e movimentos liberatórios⁵, busca-se, com grande anseio, a desconstrução do ideal de um sujeito único universal, visando à ruptura transcultural dos ditames até então impostos sob o prisma “ideal” do “homem branco europeu”, para alcançar a incompletude cultural em sua máxima possível, qual seja a nova construção de uma concepção multicultural dos direitos humanos⁶.

É sob essa égide que se analisa a questão das mulheres, o que se mostra bem intrigante, já que, mesmo a igualdade estando, há anos, em teoria, garantida e respaldada a todos os seres humanos, inclusive e, principalmente, às mulheres, nota-se que, internamente, há discrepância no que é efetivado a cada grupo específico de mulher, já que se continua a constatar uma gritante distância e uma significativa diferença no que cerne à aplicação da liberdade e da igualdade plasmada na norma e sua efetiva concretização como direito, para determinados grupos femininos, como é o caso das mulheres que são deslocadas internas.

A igualdade perante a lei não é necessariamente igualdade de facto. Necessitamos que as trabalhadoras consigam a igualdade com os trabalhadores, não apenas perante a lei, mas também perante a vida. Para isto é preciso que as trabalhadoras intervenham cada vez mais na administração das empresas públicas e na administração do Estado⁷.

Assim, indubitavelmente, a situação das mulheres ainda se mostra extremamente delicada nos panoramas atuais se comparada com as demais classes e grupos formadores da sociedade atual.

⁵ SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista?. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n.1, p. 173-186, 2008.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 48, p. 11-32, 1997

7

Contudo, a situação das mulheres deslocadas internas se apresenta em espaço, condições e panorama ainda piores, já que, em um contexto em que inexistente uma organização internacional específica destinada e criada para a proteção dos deslocados internos, pois o Alto Comissariado das Nações Unidas para o Refugiados (ACNUR) desempenha apenas papel e função subsidiária no assunto ⁸, gera-se implicitamente a ausência de vinculação ou obrigação de um determinado organismo ou ente internacional (ou mesmo órgão interno) em protegê-las.

Ora, se as condições “normais” de uma mulher no dia a dia já são duras e infinitamente mais árduas e rigorosas se comparadas com as pautadas na égide do “homem médio tradicional” ⁹, o contexto das mulheres deslocadas internas se mostra desesperador, pois nem a “normalidade” das demais mulheres de sua sociedade elas possuem, visto que estão eterna fuga para sobreviver. E, pior, ante a ausência de um organismo internacional específico para sua tutela, como supracitado, a elas, caberia apenas recorrer ao seu Estado para ampará-las, já que este detém o controle, a autonomia e o domínio sobre seu território.

Todavia, como visto, na maioria das vezes e não raro é o caso de o próprio Estado ser o propulsor e gerador das migrações internas de pessoas observadas dentro de suas fronteiras, o que o torna, na maioria das vezes, o principal agente potencializador de resultados e agravamentos de violência, opressão e perseguição à já complicada situação desses grupos vulneráveis.

Elas que estão mais desprotegidas, as famílias monoparentais femininas,[...] As mulheres continuam a ser as mais pobres dos pobres, inclusivamente no pós-guerra [...] essas mulheres, algumas tinham sido raptadas, outras eram filhas de militares ou mulheres, quando era preciso eram também militares, quando não eram,

8 O ACNUR tem atuado de forma subsidiária na defesa e tutela mínima aos direitos e necessidades dos deslocados internos, mas seu foco primordial continua sendo a questão dos refugiados ao redor do mundo

9 Cf. BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

estavam nos serviços de apoio, não tiveram direito a nada, passei em muitas comunidades rurais e urbanas e essas famílias eram as que estavam completamente à mercê, atacadas por doenças, não tinham ajuda para construir uma casa e trabalhar a terra, são quem vivem em piores condições, quem tem menos oportunidades, quem mais morre, são essas famílias e continuam a ser, os mais pobres dos pobres.¹⁰

Assim, essenciais se mostram, primeiramente, o reconhecimento e, posteriormente, a devida tutela e o amparo aos grupos minoritários de direitos, como as mulheres deslocadas internas, existentes nas estranhas da sociedade moderna, já que as dificuldades e os entraves que se levantam a cada dia para a efetivação dos direitos a eles inerentes fogem do controle e ultrapassam todo limite admissível de razão e bom senso, já que tais minorias frágeis e vulneráveis lutam por preceitos basilares e direitos mínimos existenciais, tal como a ruptura do dogma de sujeito único e universal de direitos pautado em estereótipos e condições socioeconômicas (homem branco médio) extremamente divergente das suas. Beauvoir ¹¹ afirma “[a] grada-lhe (ao homem) permanecer o sujeito soberano, o superior absoluto, o ser essencial; recusa-se a considerar concretamente a companheira como sua igual”. Nesse mesmo sentido, Paulo Freire destaca o martírio diário sofrido há décadas pelas “subcategorias” dos severamente oprimidos dentro dos grupos vulneráveis, como o caso das deslocadas internas, sustentando que a

grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos [consiste em] libertar-se a si e aos opressores. Estes, que oprimem, exploram e violentam, em razão do seu poder, não podem ter, neste poder, a força de libertação dos oprimidos nem de si mesmos. Só o poder que nasça da debilidade dos oprimidos será suficientemente forte para libertar a ambos. Por isto é que o poder dos opres-

10 HUMAN RIGHTS WATCH. **Eles partiram as casas: desocupações forçadas e insegurança da posse da terra para os pobres da cidade de Luanda, Luanda/Nova Iorque:** Human Rights Watch, 2007. 19-7a.

11 BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo.** Lisboa: Bertrand Editora, 1987. p. 553.

sores, quando se pretende amenizar ante a debilidade dos oprimidos não apenas quase sempre se expressa em falsa generosidade, como jamais a ultrapassa. Os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que a sua “generosidade” continue tendo oportunidade de realizar-se, da permanência da injustiça. A “ordem” social injusta é a fonte geradora, permanente, desta “generosidade” que se nutre da morte, do desalento e da miséria.¹²

3. DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DO PENSAMENTO E DAS MEDIDAS JURÍDICO-SOCIAIS APLICÁVEIS ÀS MULHERES DESLOCADAS INTERNAS

Por isso, diante de um quadro desanimador de extrema perseguição, um vetor político e socioeconômico desfavorável, uma perseguição descontrolada e que transcende todas as bases de essência do ser de uma pessoa e uma ordem social injustamente imposta¹³, mostra-se minimamente essencial e necessário que exista um processo de conscientização geral dos oprimidos e sobre os oprimidos¹⁴, nesse caso, das mulheres deslocadas internas, visto que o maior anseio, que é a força de sua libertação¹⁵, se encontra respaldado nelas mesmas.

A quebra de tais grilhões pelas mulheres deslocadas internas não ocorrerá e nem chegará pelo acaso, muito menos pelo seu flagelo em silêncio: pelo contrário, dar-se-á pela prática de ações de intensa busca pelo conhecimento e reconhecimento das suas necessidades, das suas batalhas e na gana por vê-las superadas. E isso só ocorrerá quando sobrevier e se instaurar uma conscientização¹⁶ de que inexistente diferença ou inferioridade de gênero, e, principal-

12 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970. p. 30.

13 Cf. BUTLER, Judith. *Precarious Life*. Londres: Verso, 2004.

14 Cf. FASSIN, Didier. **La raison humanitaire**: une histoire morale du temps présent. Paris: Seuil/Gallimard, 2010

15 Cf. RAGO, Margareth; GALLO, Sílvio (orgs.). **Michel Foucault e as insurreições**: é inútil revoltar-se? São Paulo: Intermeios, 2017, p.363-374.

16 FREIRE, Paulo. **Uma educação para a liberdade**. Porto: Publicações Escorpião, 1972. p.

mente, com a noção solidificada de que todos somos seres humanos detentores do mais alto preceito da vida: a dignidade.

Mas medidas práticas precisam ser idealizadas e postas em ação, caso contrário, as mulheres que são forçadas a migrar internamente todos os dias logo preferirão sucumbir desde já e sem sofrer a se deslocar com intenso martírio e flagelo. Não basta ficarmos apenas no liame da discussão teórica e conscientização interna de uma sociedade enquanto, diariamente, pessoas fogem e se deslocam dentro de seus países em colapso sociocultural apenas visando sobreviver, apenas para ter mais um dia de vida.

Dentre as várias perspectivas pragmáticas que se manifestam nesse sentido, embora ainda sejam discretos os esforços realizados atualmente, é de se destacar o relatório da ONU "Combater a violência baseada em gênero: uma chave para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio"¹⁷, que, apesar não de não tutelar especificamente apenas sobre os problemas das mulheres deslocadas internas, abarca o assunto das opressões em virtude de gênero e perseguições lastreadas na violência contra a mulher, razão pela qual visa explanar e propor iniciativas com a finalidade de alcançar e combater a exploração e o abuso sexual de mulheres nas situações consideradas, talvez, as maiores propulsoras de deslocados internos no mundo: os conflitos armados.

De tal documento, é possível apontar como propostas de ações, ao nível macro, que visam combater ou minimamente amparar a situação de mulheres deslocadas internas as seguintes: 1) Criação de um comitê especial responsável pela investigação, por meio de modos e instrumentos legais aplicáveis a cada nação, dos casos de violência baseada em gênero, visando, com isso, também harmonizar os meios e institutos daquele país às necessidades e defesas dos grupos de mulheres vulneráveis e adaptar os instrumentos legais daquele Estado para promover a sua implementação em regiões onde a perseguição de gênero alcança patamares

57-58.

17 ONU. **Combater a violência baseada em gênero: uma chave para alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio**, Nova Iorque: ONU, 2005.

alarmantes e assustadores em razão da cultura, como na África e na Ásia; 2) Exercer pressão sobre o sistema legal, seja dos Estados seja do meio internacional, com o intuito de criar, aperfeiçoar e reforçar leis que abominem qualquer tipo de violência, sobretudo sexual, contra mulheres em situação de vulnerabilidade, ou qualquer outra em razão do gênero, tal como objetivando a declaração do estupro como um crime contra a humanidade, sobretudo quando tal delito é utilizado como instrumento de guerra ou inibição/opressão social sobre minorias; 3) Inserir a classe das mulheres em programas de desmilitarização e reinserção de âmbito interno ou internacional, reconhecendo-as, assim, como agentes autônomos; 4) Impulsionar e estimular a criação e a implementação, pelos Estados e organismos internacionais específicas de medidas preventivas e protetivas contra a violência de gênero em situações durante e pós-guerra; 5) Pautar pela defesa e inclusão dos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos nos diálogos sobre política nacional e na legislação dos Estados ao redor do mundo; 6) Expor a questão de vulnerabilidade das mulheres em situações de conflitos, deslocadas internas ou não, por meio da mídia e campanhas visando à conscientização; 7) Estimular a criação e o fortalecimento de ONGs que visam garantir e pressionar políticas públicas em prol das mulheres; 8) Facilitar os meios para denúncias de violência e perseguição contra mulheres, em situação de vulnerabilidade ou não; 9) Criar e fomentar locais especiais para refugiados e deslocados internos em Estados com altos índices dessas questões, visando instituir em tais áreas maior facilitação e acesso a medidas preventivas, protetivas e formas de denúncia de violência baseada em gênero.

Todas essas propostas se mostram pontuais e extremamente necessárias para trazer refrigério mínimo à situação das deslocadas internas, que se veem, na maior parte das vezes, à mercê total de qualquer assistência social em seus países, carecendo de amparo internacional para se sustentarem e aguentarem mais um dia, um único dia de cada vez, pois “no sentido do empoderamento, as dinâmicas dos eixos de poder – raça, classe, gênero etc. – podem fazer com que se criem resistências e mobilizações políticas individuais e coletivas entre os membros dos grupos marginalizados”¹⁸.

18 MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; FREITAS, Viviane Gonçalves. Gênero autonomia e

Todavia, todas essas ações mostrar-se-ão em vão se parcerias não forem firmadas entre organismos internacionais, em especial a ONU, e os vários setores e institutos sociais internos de cada Estado; bem como essencial se mostra a criação de órgão especializado de tutela dos direitos dos deslocados internos, assim como basilar é a necessidade de adoção e exigência, pela ONU, de padrões e códigos de conduta de seus Estados-membros para que não apenas cessem as perseguições em si a todo ser humano, seja por entes estatais (forças armadas nacionais e polícia), seja pela própria sociedade em si, mas, especialmente, que não seja reconhecido ou mesmo promovido, ainda que indiretamente, qualquer tipo de violência de gênero contra grupos que já estão marginalizados e em situação de extrema vulnerabilidade.

Sabe-se que, quanto maiores a participação e presença ativa das mulheres nos campos de refugiados ou deslocados internos, apesar de maiores violações e transgressões em razão do gênero, também indubitavelmente maiores são os benefícios e a qualidade de vida, não somente para elas, mas para a toda a comunidade¹⁹. É certo que, em todos assentamentos e organizações formadas apenas por mulheres refugiadas ou deslocadas internas, ou, então, por sua maioria, notam-se maiores eficácia e destreza de funcionamento de tais organizações²⁰. Ora, isso deixa nítido e cristalino que o problema jamais esteve com as mulheres em tal situação de vulnerabilidade; pelo contrário, nelas se encontram a solução e elementos para uma maior e melhor organização.

Assim, além das ideias e medidas já postas em práticas nos campos de refugiados e de *IDPs* que visam diminuir e amenizar as violências e transgressões de gênero (tais como colocar banheiros e bebedouros em locais iluminados, instituição de programas de educação e saúde sexual, distribuição de apitos e lanternas a mulheres e meninas, etc.), outras propostas e medidas, mais amplas, complexas, sérias e extensivas, precisam ser acrescentadas e colo-

subjetivação política de mulheres negras no Brasil. **Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**, São Paulo, ano XX, n. 40, ago./dez., 2017. p. 23

19 Cf. COHEN, Roberta. **Refugee and Internally Displaced Women: a development perspective**, Washington DC: The Brookings Institution, 1995.

20 Cf. COHEN, Roberta. *op. cit.*

cadadas em prática visando ao fortalecimento das mulheres como pessoas participativas e decisivas do meio em que estão inseridas, já que isso (quando estão no controle), como visto, se mostra bem melhor na realidade dos campos.

Por isso, vale mencionar a importância, entre várias medidas, a criação de comissões com participação ativa das mulheres nos campos de refugiados e *IDPs* visando instituir uma voz permanente e ativa contra a violência sexual e de gênero de quaisquer outros tipos e, principalmente, a concessão, às mulheres deslocadas internas, de uma maior participação nos processos de administração e no exercício de poder dos aludidos campos, tais como poder decisório sobre realojamento e distribuição das provisões básicas, entre outros, o que por si só demonstraria atribuição de competências e autoridades e, com isso, levaria a maior autonomia, capacidade política e oportunidades das mulheres no compartilhamento de suas experiências antes e durante os conflitos que as fizeram se deslocar, assumindo posições até então exercidas majoritariamente apenas por homens e, com isso, iniciada a tão sonhada conquista da transformação da sociedade no que concerne às questões de gênero e às pessoas em deslocamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mera e simples proteção formal, sem ferramentas pragmáticas, aos direitos das minorias migrantes, como as mulheres deslocadas internas, não será jamais suficiente para resolver o problema de integração inadequada delas ao contexto socioeconômico em que estão inseridas e que por elas é enfrentado diariamente como migrante. Mostram-se necessárias a conjunção de esforços na difusão dos mecanismos jurídico-sociais de amparo, resguardo e proteção dos deslocados internos, bem como a implementação de políticas e ações de conscientização pública entre os próprios migrantes, visando sobre a migração por ameaça de subsistência e a dificuldade encontrada por questões de gênero.

O primeiro passo no caminho para a integração das deslocadas internas à sociedade que as acolhe e em que estão inseridas perpassa pela necessidade de acolhimento e inserção no contexto jurídico-social e político em si, aí incluída uma vida digna pautada em cargos, posições, liberdade e tomada de decisões, pois essa é a forma com a qual a migrante forçada conseguirá proporcionar meios de reconhecimento socioeconômico, fixar raízes e desenvolver muito mais que uma banal sobrevivência: desenvolverá subsistência digna.

A ausência de reconhecimento e valorização das mulheres deslocadas internas, pelo simples fato de serem do gênero feminino, que migram diariamente, mas se veem impedidas de atravessar nas fronteiras, é brincar com um acaso que se sabe muito bem qual é o destino. Deslocados forçados não podem mais continuar à mercê e à margem do processo de garantia dos direitos inerentes ao próprio homem, afirmados pelas legislações pátrias, não podem mais encontrar tamanhos entraves para ver suas garantias efetivadas, não podem enfrentar condições precárias de desinformação e garantia dos seus direitos somada ao preconceito por estereótipos e sexo. Não se todos queremos ter um futuro. Todos, sem exceção. A batalha é a mesma: a intensa e incansável procura por plenas condições de inserção social e autossustento. E essa luta não é de uma estrangeira que precisou deslocar para sobreviver, mas do ser humano como ápice de sua diversidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. Deslocados internos. **ACNUR**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/>> Acesso em 25 fev. 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. Lisboa: Bertrand Editora, 1987.

BUTLER, Judith. **Precarious Life**. Londres: Verso, 2004.

_____. **Quadros de guerra**: quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CAMACHO, João (Coord.). **Sobre a emancipação da mulher**: situação da mulher na sociedade burguesa. Lisboa: Cadernos Cultura Popular, 1974.

CHOLEWINSKI, Ryszard; PERRUCHOUD, Richard; MACDONALD, Euan. **International migration law**: developing paradigms and key challenges. Hage: T.M.C. Asser Press, 2007

COHEN, Roberta. **Refugee and Internally Displaced Women: a development perspective**, Washington DC: The Brookings Institution, 1995.

FASSIN, Didier. **La raison humanitaire**: une histoire morale du temps présent. Paris: Seuil/Gallimard. 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1970.

_____. **Uma educação para a liberdade**. Porto: Publicações Escorpião, 1972.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Eles partiram as casas**: desocupações forçadas e insegurança da posse da terra para os pobres da cidade de Luanda, Luanda/Nova Iorque: Human Rights Watch, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; FREITAS, Viviane Gonçalves. Gênero autonomia e subjetivação política de mulheres negras no Brasil. **Revista eletrônica do Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero**, São Paulo, ano XX, n. 40, ago./dez., 2017.

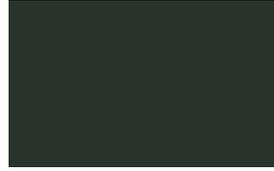
MCADAM, Jane. Book reviews, international migration law: developing paradigms and key challenges. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v. 19, n. 4, p. 776-779, 2007

ONU. **Combater a violência baseada em gênero**: uma chave para alcançar os objetivos de desenvolvimento do milênio, Nova Iorque: ONU, 2005.

RAGO, Margareth; GALLO, Sílvio (orgs.). **Michel Foucault e as insurreições**: é inútil revoltar-se? São Paulo: Intermeios, 2017, p.363-374.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 48, p. 11-32, 1997.

SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista?. **Revista Estudos Feministas**, v. 16, n.1, p. 173-186, 2008



FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

É doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, na qual atua como professor titular de Direito Administrativo e Sociedade. É também professor visitante em projetos de pesquisa junto à Université de Lyon. Foi assessor da Presidência da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, da qual, atualmente, é diretor administrativo.

FERNANDO MENEZES

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO ÂMBITO DE MEDIDAS DE EXCEÇÃO SANI- TÁRIAS

APRESENTAÇÃO

Com grande honra e satisfação fui convidado a participar do IX Fórum Jurídico de Lisboa, apresentando algumas reflexões sobre o tema da responsabilidade do estado no âmbito de medidas de exceção sanitárias praticadas no contexto da pandemia de covid-19, no direito brasileiro.

De plano, esclareço que a expressão “Medidas de exceção” contida no título do painel que integrei no referido Fórum não implica, no caso brasileiro, aplicação dos regimes constitucionais excepcionais de proteção do estado (estado de sítio e estado de defesa – Constituição da República, arts. 136 a 139); e menos ainda implica referência a alguma exceção para além dos limites constitucionais do estado de direito.

Com efeito, a experiência vivida no Brasil para o enfrentamento da pandemia de covid-19 deu-se indiscutivelmente dentro da vigência regular do regime constitucional. Isso implica que a presente discussão sobre responsabilidade ganhe contornos de uma particularização da hipótese mais ampla de responsabilidade do estado por atos legislativos¹.

1 As ideias que foram por mim expostas no Fórum tomam por base estudos previamente

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Contemporaneamente, a palavra “responsabilidade”, em linguagem corrente e mesmo em linguagem jurídica, possui diversos significados.

Herbert HART² aponta quatro sentidos principais:

- a) “role-responsibility” (responsabilidade-“papel”): em que “responsabilidade” significa a atividade que se espera de determinada pessoa no desempenho de função que especialmente lhe é atribuída; por exemplo, os pais são responsáveis por cuidar dos filhos; o capitão é responsável por zelar pela integridade do navio;
- b) “causal-responsibility” (responsabilidade causal): situação em que ser responsável é ser causador, como na frase “a longa seca foi responsável pela fome na Índia”;
- c) “capacity-responsibility” (responsabilidade-capacidade): que expressa a aptidão de “compreensão, raciocínio e controle” de quem se diz responsável, quanto à sua conduta;
- d) “legal liability-responsibility” (responsabilidade jurídica): aqui um sentido propriamente jurídico de responsabilidade, destacado dos demais, que carregam um aspecto lógico ou moral.

Exploremos esse último sentido, pois é a ele que se refere esta apresentação.

realizados e publicados, as quais agora adapto e reproduzo para a edição dos anais do evento: (i) Responsabilidade do Estado, in *Tratado de direito administrativo*; (ii) “Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro”; e (iii) “Princípio da legalidade e ações administrativas no âmbito estadual durante a pandemia de COVID-19”. (Vide referências completas na bibliografia ao final.)

2 Punishment and responsibility, pp. 211 e ss.

A ideia de responsabilidade, em termos jurídicos, importa a sujeição de alguém à sanção prevista em direito, como consequência do descumprimento de uma obrigação. No caso da responsabilidade civil, tipicamente a sanção indenizatória.

Sobre esse ponto, é precisa a lição de Hans KELSEN³, que aqui se adota:

Conceito essencialmente ligado com o conceito de dever jurídico, mas que dele deve ser distinguido, é o conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposta conduta sua é tornada pressuposto de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida [...] contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinquente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito responde pelo ilícito, é juridicamente responsável por ele.

Ou seja, obrigação não se confunde com responsabilidade. A obrigação relaciona-se com a conduta cuja não adoção é pressuposto da incidência da sanção.

Já a responsabilidade relaciona-se com a sujeição de alguém à incidência da sanção, independentemente de ter essa pessoa, com sua conduta, descumprido uma obrigação.

Basta pensar que nem sempre quem é o obrigado é o responsável; ou que nem sempre quem é o responsável é o obrigado. Por exemplo, respectivamente, citem-se os casos em que filhos menores descumpram obrigações civis a todos impostas, sendo responsáveis seus pais (Código Civil, art. 932, I); ou casos em que o fiador

3 Teoria Pura do Direito, v. I, pp. 233/234.

responde pelo descumprimento de obrigação imposta ao devedor (Código Civil, arts. 818 e ss.).

Mas, voltando a KELSEN⁴, seu pensamento vai além, precisando ainda a distinção entre duas situações que na prática revestem-se de traços exteriores de similaridade: a responsabilidade e a obrigação de indenizar.

Há, assim, casos em que o direito faculta, ou mesmo impõe, certa conduta. Nesses termos, por definição trata-se de conduta lícita, à qual não estará associada sanção – pelo contrário, a sanção poderá estar associada à conduta oposita – e, portanto, da qual não decorrerá responsabilidade.

Todavia, ao mesmo tempo em que o direito faculta ou impõe tal conduta, admite que ela cause um gravame, um sacrifício, em relação ao direito (subjeto) de outrem, o que implica – em nome de uma decisão de política legislativa visando a garantir a igualdade de todos perante os encargos públicos – a obrigação (complementar) de que o sujeito obrigado à conduta gravosa quanto a terceiro, indenize o terceiro. Exemplifique-se com o caso da desapropriação.

Fala-se, então, em obrigação de indenizar, mas não em responsabilidade. Responsabilidade, nesse caso, só haveria em um momento ulterior, caso a obrigação de indenizar – enquanto obrigação que também é – venha a ser descumprida e daí decorra uma sanção.

É, pois, da essência da relação de responsabilidade ser decorrência de um ilícito, como pressuposto de sanção.

Aceito esse conceito de responsabilidade, é preciso ter especial cautela com a ideia de “responsabilidade do estado por ato lícito” – ponto especialmente relevante para a discussão do caso dos atos legislativos e também dos atos jurisdicionais.

4 Teoria Pura do Direito, v. I, pp. 240/243.

Aqui importa ter consciência da distinção entre “conduta” e “resultado” como elementos integrantes de um conjunto que o direito trata como “ato”.

A ilicitude do ato pode estar tanto na conduta, como no resultado – ou em ambos.

Mesmo no regime de “responsabilidade objetiva” (responsabilidade independente da demonstração de culpa do agente) há necessidade de um dano. E o dano, por sua própria definição (jurídica), é ilícito.

Se não há ilícito, ou seja, se não há sanção de direito especificamente prevista para a situação, não há que se falar em dano. Quanto muito haverá uma contrariedade íntima, subjetiva, da vítima, irrelevante para o direito.

Enfim, para haver responsabilidade, seja ela objetiva ou subjetiva, deve existir um ilícito. E se o ilícito não se situar na conduta do agente, deve ao menos situar-se no resultado.

A perspectiva de haver um resultado ilícito torna desnecessária a discussão sobre responsabilidade do estado por “ato lícito”: se o resultado é ilícito, o ato concreto que o causou é ilícito – é ilícito causar dano –, pouco importando se a descrição abstrata da conduta, antes que se concretize, não corresponda a uma tipificação normativa de ilicitude.

De resto, se tanto a conduta, quanto o resultado, forem lícitos, não há que se falar em responsabilidade.

A lógica da responsabilidade na vida social é ligada à consideração de que o responsável – no caso, o estado – tenha (por direito e por justiça) que indenizar. E a técnica do direito vem evoluindo, na maioria dos ordenamentos jurídicos, para ampliar a ocorrência da indenização.

Todavia, há situações em que a vontade objetivada da sociedade – ou seja, o direito – legitimamente entende que aquilo que alguém subjetivamente perceba ser um suposto “dano”, não o seja para efeito jurídico.

Via de regra, o direito não prestigia o individualismo exacerbado que justificaria qualquer insatisfação pessoal ter uma tutela jurisdicional ressarcitória.

No limite, trata-se da sensibilidade da sociedade, em face da disponibilidade de recursos coletivos, que definirá politicamente (em termos de política legislativa) quais situações jurídicas serão consideradas “danos” (ilícitos), ou seja, ensejarão a mobilização dos instrumentos de direito para que se produza a “indenização” (sanção).

3. RESPONSABILIDADE POR ATOS LEGISLATIVOS

A definição de responsabilidade civil por referência a um ilícito, ainda que seja um resultado ilícito (dano) de uma conduta, em tese, lícita, suscita o problema teórico de como enquadrar a questão da responsabilidade do estado por atos materialmente legislativos.

Isso porque os atos materialmente legislativos, em princípio, expressam o sentido do lícito. Ao menos, “em princípio”.

Antes de avançar sobre o ponto em foco, vale lembrar que órgãos do Poder Legislativo também praticam atos administrativos ou, em situação mais rara, atos jurisdicionais. Explique-se melhor o tema, introduzindo-se uma distinção pelos qualificativos “material” e “formal”. A questão central de que ora se cogita é justamente aquela atinente aos atos praticados pelo Poder Legislativo que sejam materialmente legislativos.

Detalhando e sistematizando melhor, o Poder Legislativo pode praticar:

- a) ato formal e materialmente legislativo (por exemplo: emendas à constituição e leis – com conteúdo material de leis, conforme será esclarecido a seguir);

b) ato formalmente legislativo e materialmente administrativo (por exemplo: leis com conteúdo material de atos administrativos, conforme também será esclarecido a seguir);

c) ato formalmente legislativo e materialmente jurisdicional (por exemplo: a resolução pela qual se julga o Presidente da República em crime de responsabilidade, nos termos do art. 35 da Lei 1.079/1950);

d) ato formal e materialmente administrativo (por exemplo: contrato administrativo).

Observe-se que é mais duvidoso identificarem-se, entre os atos praticados pelo Poder Legislativo, um ato formalmente administrativo e materialmente legislativo – ou seja, com conteúdo regulamentar, mas veiculado por ato que formalmente não é lei. Isso porque a Constituição (art. 59) considerou parte do “processo legislativo” atos como resoluções e decretos legislativos. Esses atos, de todo modo, poderiam bem ser ditos “nominalmente” formalmente legislativos e “verdadeiramente” formalmente administrativos.

Por outro lado, o Poder Executivo e o Poder Judiciário praticam atos formalmente administrativos e materialmente legislativos; é o caso, por exemplo, respectivamente, do decreto regulamentar expedido pelo Presidente da República e de uma resolução de um tribunal veiculando seu regimento interno.

Aprofunde-se, agora, a distinção entre atos formal e materialmente legislativos, o que remete à distinção entre legalidade formal e legalidade material.

Muitas vezes a menção à legalidade (tout court) induz espontaneamente à consideração da origem formal do ato legislativo: a lei como ato de vontade produzido pelo parlamento, independentemente de seu conteúdo.

Essa dimensão formal da legalidade, de fundamental importância para o estado de direito ocidental, ressalta o valor democrático, o valor da participação da vontade dos destinatários da norma em sua produção, para invocar aqui a definição kelseniana de democracia.

A noção formal de lei remete, no caso brasileiro, ao processo legislativo constitucionalmente traçado e aos tipos de “lei” arrolados no artigo 59 da Constituição da República.

Ao lado da dimensão formal, igualmente relevante é a dimensão material, que toma a lei (para efeito da legalidade) como norma jurídica com conteúdo geral e abstrato⁵.

Nas palavras de Léon DUGUIT:

Do ponto de vista material o princípio de legalidade consiste nisto: em um estado de direito, nenhuma autoridade pode jamais tomar uma decisão individual, senão nos limites fixados por uma disposição de caráter geral, quer dizer, por uma lei no sentido material.⁶

Decorre, pois, do sentido material de lei como norma geral e abstrata um viés protetivo da igualdade, na medida em que a generalidade e a abstração tendem a impedir que determinada decisão jurídica (no caso, uma decisão legislativa) seja tomada especialmente para beneficiar ou para prejudicar alguém.

Não que isso seja uma garantia absoluta da isonomia. Sabe-se que mesmo normas gerais e abstratas podem ser elaboradas sob a inspiração velada (ou não) de favorecer ou lesar os interesses de algum ou alguns indivíduos. Ainda assim, é válido apontar a tendência de que essa consequência seja mais dificilmente atingida por uma norma geral e abstrata, que incidirá sobre situações reais futuras, ainda não conhecidas, e sobre sujeitos potencialmente variados, do que por uma norma individual e concreta que não se fundamente em uma norma anterior geral e abstrata.

5 Generalidade e abstração não são qualificativos que necessariamente coincidem em uma norma, ainda que seja usual essa coincidência. Generalidade diz respeito aos sujeitos aos quais se destina, sendo eles tomados de modo universal (por oposição à individualidade da norma, caso em que a norma se dirige a determinado ou determinados indivíduos); abstração refere-se ao objeto da hipótese de incidência da norma, vislumbrando-se uma situação hipotética que, no plano factual, pode vir a ocorrer ou não (por oposição à concretude da norma, que supõe aplicação da norma para determinado caso concreto factualmente existente e identificado). Para maiores desenvolvimentos a respeito do tema, até mesmo com o cruzamento desses binômios (generalidade-individualidade, abstração-concretude) com mais um: coletividade-pessoalidade (este referente aos sujeitos que elaboram a norma), ver: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*, p. 295-298.

6 *Leçons de droit public général*, p. 275.

Retomando o ponto da responsabilidade do estado, quando está em questão um dano causado por ato apenas formalmente legislativo, mas materialmente administrativo – ou seja, uma lei aprovada segundo o processo legislativo, mas com conteúdo de norma individual e/ou concreta –, aplica-se a mesma lógica das situações de responsabilidade do estado no exercício de função administrativa.

Diversa, entretanto, é a hipótese de se conceber a responsabilidade por atos materialmente legislativos. Vislumbram-se então certas dificuldades desde o plano conceitual, dado o caráter normativo geral e abstrato do ato supostamente “causador” do dano.

Ora, como cogitar denexo de causalidade, em relação a um efeito danoso, em virtude de algo que é geral e abstrato? É a concretização do comando normativo – o que envolve ao menos outro ato, individual e concreto – que causará, eventualmente, o dano.

De todo modo, pode-se argumentar com a ideia de uma cadeia causal, considerando-se juridicamente a norma geral e abstrata como a causa relevante, ainda que mediata, do dano, este sendo imediatamente provocado por outro ato que tenha dado concretização à norma geral e abstrata.

Mesmo nesse ponto, duas hipóteses têm que ser distintas.

Em primeiro lugar, a hipótese em que o ato de concretização desvia-se do comando normativo geral e abstrato. Nessa hipótese, claramente o ilícito não tem sua origem causal na norma geral e abstrata e não se põe a questão sobre responsabilidade por ato materialmente legislativo.

Em segundo lugar, a hipótese em que o ato de concretização segue adequadamente o comando normativo geral e abstrato. Nessa hipótese, sim, é que faz sentido cogitar-se de responsabilidade por ato materialmente legislativo.

Todavia, nessa segunda hipótese, é preciso, para que haja responsabilidade, identificar-se um ilícito no resultado da aplicação da norma.

Então surge nova questão: como cogitar-se de ilicitude de algo que já se concebe como o correto resultado de aplicação de uma norma legal? A correta aplicação da lei pode resultar em ilícito?

A resposta a essa última questão não provoca maiores dificuldades em um sistema jurídico, como o brasileiro que desde há mais tempo afastou-se do princípio da supremacia normativa da lei (“lei”, aqui, tomada em sentido estrito: lei formal especificamente identificada como ato infraconstitucional⁷), acolhendo a supremacia normativa da constituição.

Recordando a fórmula empregada por Rainer WAHL a respeito do direito alemão, mas perfeitamente aplicável ao caso brasileiro atual:

Para a administração, a lei não está mais ‘pronta para o uso’, ponto de partida insuscetível de ser posto em dúvida na sua ação; as leis devem constantemente ser verificadas quanto à sua constitucionalidade, da mesma maneira que toda aplicação ao caso específico é submetida aos critérios e ao controle de constitucionalidade.⁸

Nesse contexto, a lei é francamente suscetível a um controle de constitucionalidade, podendo eventualmente ter os resultados de sua aplicação tidos por ilícitos.

A resposta bastante consensual⁹ para a questão acima formulada é, pois, reconhecer-se a responsabilidade civil do estado por

7 Cabe a ressalva na medida em que, no caso brasileiro, as emendas à constituição estão incluídas no rol de atos formalmente legislativos, elaborados via processo legislativo (Constituição, art. 59).

8 WAHL, Rainer. *Aux origines du droit public allemand contemporain*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger. n. 3. p. 820. Paris: LGDJ. maio-jun. 2007.

9 Além de monografias específicas sobre o tema de Maurício ZOCKUN (Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade de prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar) e de Juliana Cristina LUVIZOTTO (Responsabilidade civil do estado legislador), ver em especial as obras de: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*; CRETELLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*; e ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. Também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma-se nesse sentido: AgInt no REsp 1705508, Rel. Min. Herman Benjamin, 2º T, j. 17/4/2018; REsp 201972, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1º T, j. 17/6/1999; REsp 202125, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1º T, j. 4/5/1999; REsp 170347, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1º T, j. 17/11/1998.

danos decorrentes da aplicação de atos materialmente legislativos que tenham sido julgados inconstitucionais.

No Brasil, qualquer juiz pode controlar a constitucionalidade das leis, via controle difuso, ainda que decisões das instâncias inferiores ao Supremo Tribunal Federal possam apenas produzir efeitos in concreto e inter partes.

Ou seja, não é necessário o julgamento principal e abstrato da inconstitucionalidade de um ato materialmente legislativo, pelo STF, para que se chegue ao reconhecimento de responsabilidade do estado em virtude desse mesmo ato. É certo que, se o STF o fizer, tanto mais provável a busca de indenização – salvo que o STF, ao fazê-lo, module efeitos da decisão para não afetar atos praticados anteriormente à decisão de inconstitucionalidade (Lei 9.868/1999, art. 27).

4. PRINCIPAL NORMA SOBRE POLÍCIA ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DA PANDEMIA NO BRASIL

Com esses pressupostos, pode-se concluir – tendo aqui em mente o objeto específico desta apresentação – com considerações sobre o modo que o Brasil tratou, legislativamente, das possíveis restrições à liberdade individual no contexto da pandemia.

A principal norma legal que fundamenta as referidas restrições à liberdade é a Lei federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

De plano, a Lei invoca elementos típicos da legitimação de medidas administrativas de restrição da liberdade individual (ou seja, medidas de polícia administrativa) em defesa da saúde coletiva – o que implica dizer, da própria vida dos indivíduos:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

§ 1º As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade.

A Lei arrola então as medidas que podem ser aplicadas para esse fim:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras¹⁰, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

10 A abertura discricionária dada pelo “dentre outras” parece-me potencialmente um desrespeito ao princípio da legalidade. Ora, se é a lei que estabelece as possíveis medidas de restrição à liberdade dos indivíduos, essas “outras” medidas apenas poderiam ser adotadas por autoridades estatais se também vierem a ser previstas em lei. De todo modo, na prática, as medidas já previstas expressamente nesta Lei mostraram-se suficientes para as ações administrativas subsequentes.

a) entrada e saída do País; e

b) locomoção interestadual e intermunicipal;

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:

a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e

b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

Gostaria de destacar ainda um aspecto peculiar da Lei, trazido no § 1º do artigo 3º, acima transcrito:

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Com efeito, por força desse dispositivo, as autoridades administrativas que aplicarão a Lei têm o dever de motivar suas decisões com base em argumentos científicos, o que legitima um controle judicial de legalidade com fundamento na ciência.

Essa Lei, por diversos de seus aspectos, foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), o qual, em suma, considerou-a constitucional. Pode-se mesmo detectar por parte do STF um movimento de autocontenção, tendente a prestigiar a validade das decisões legislativas e administrativas, e mesmo tendente a permitir que estados e municípios exerçam com mais margem sua autonomia.

E o parâmetro dessa autocontenção do STF – preservado o sempre necessário juízo de não contrariedade às normas constitucionais – foi justamente o fundamento técnico-científico das normas jurídicas submetidas ao controle de constitucionalidade¹¹.

11 Citem-se alguns exemplos, não necessariamente referentes à Lei n. 13.979/20, mas no mesmo contexto:

- Apreciando a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI-MC n. 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 15.4.2020), tendo por objeto diversos dispositivos da própria Lei n. 13.979/20, o Tribunal considerou-os constitucionais, validando a opção do legislador. Nesse julgamento, o Tribunal cuidou ainda de aspectos federativos, afirmando a competência legislativa concorrente dos entes federativos sobre a matéria de proteção à saúde e afirmando que a competência administrativa comum a todos eles permite que o Presidente da República defina por decreto os serviços públicos e atividades essenciais que devam continuar em funcionamento, resguardando-se, porém, a autonomia dos entes locais.

- Decidindo liminarmente, em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI-MC n. 6.363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 6.4.2020) tendo por objeto a Medida Provisória n. 963/20, a qual alterara regras da legislação trabalhista, o Ministro Relator afirmou textualmente em suas razões de decidir que, sem abrir mão de sua função de exercer o controle de constitucionalidade, “o Poder Judiciário, como um todo, e Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19” e que “cumprir à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque”.

- Julgando uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 671, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 3.4.2020), pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse a administração pública a tomar medidas visando à utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo de hospitais privados durante a pandemia de COVID-19, o Ministro Relator não conheceu a ação (ou seja, entendeu-a de plano processualmente incabível), afirmando que a ação em questão: “não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19”.

- No julgamento, ainda liminar, de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF n. 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 8.4.2020), pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse o Presidente da República a tomar certas atitudes no âmbito de sua competência e se abstinisse de comportamentos em desacordo com orientações das autoridades sanitárias, o Ministro Relator considerou incabível, que o Poder Judiciário determinasse ao Presidente da República a tomada de medidas administrativas específicas – “Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais” – resguardando, no entanto, a competência do Tribunal para a “verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas”. Ao mesmo tempo, o Ministro Relator decidiu que: “não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID 19 mortality and healthcare demand, vários autores)”.

5. CONCLUSÃO

A conclusão que me pareceu pertinente trazer nesta exposição, considerando que o Brasil ainda não acumula uma casuística suficiente para que se possa falar em tendências jurisprudenciais envolvendo o tema da responsabilidade civil no contexto das medidas de exceção sanitárias, é antes de mais nada uma conclusão teórica, equacionando em termos de modelos de raciocínio as possíveis questões que venham a surgir.

Retomando, portanto, o que disse acima quanto à responsabilidade por atos legislativos, e considerando que a Lei n. 13.979/20 foi considerada, em abstrato, constitucional, podem ser formuladas duas hipóteses: (i) por um lado, a hipótese em que o ato administrativo de concretização da lei segue adequadamente o comando normativo geral e abstrato. Nessa hipótese, faz sentido cogitar-se de responsabilidade por ato materialmente legislativo. Porém, tratando-se de ato legislativo já julgado em tese constitucional, sua adequada aplicação ao caso concreto, por definição, não causará “dano” a ensejar responsabilidade; (ii) por outro lado, a hipótese em que o ato administrativo de concretização da lei desvia-se do comando normativo geral e abstrato. Nessa hipótese, claramente o ilícito não tem sua origem causal na norma geral e abstrata e não se põe a questão sobre responsabilidade por ato materialmente legislativo.

Considerando, pois, o que disse logo acima, quanto à constitucionalidade da Lei n. 13.979/20, medidas restritivas de liberdade com finalidade sanitária, com potenciais impactos de lesão patrimonial ou moral sobre indivíduos ou pessoas jurídicas – por exemplo: restrição ao funcionamento de estabelecimentos comerciais, restrição da locomoção pessoal – devem receber o tratamento regular de análise caso a caso sobre abusos ou desvios no momento em que incide o ato administrativo individual e concreto.

De resto, caso o Estado brasileiro entenda cabível criar, por lei, indenizações ou subsídios em geral, com o sentido de compensar, de modo amplo, perdas econômicas sofridas por indivíduos ou por

setores econômicos, não estaria caracterizada hipótese de “responsabilidade do estado”, senão, pelas razões expostas ao longo desta apresentação, hipótese de lei criando para o estado a “obrigação de indenizar”, sob regime jurídico diverso do da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. Contribución a la teoría del derecho (trad. Alfonso Ruiz Miguel, a partir da edição italiana). Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade civil do Estado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JR., José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980.

DUGUIT, Léon. Leçons de droit public général. Paris: Éditions la Mémoire du Droit, 2000 (edição facsimilar de Paris: E. de Boccord, 1926).

HART, Herbert. L. A.. Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law (reimpressão da edição de 1968 da Oxford University Press). Oxford: Clarendon Press, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, v. I (trad. João Baptista Machado, a partir da edição de 1960). Coimbra: Arméio Amado, 1962.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Responsabilidade civil do estado legislador. São Paulo: Almedina, 2015.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. "Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro". *Revista Il diritto dell'economia*, v. 101 (ano 66). STEM Mucchi Editore: Modena, 2020.

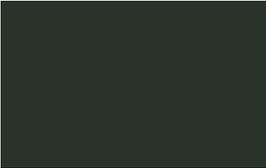
_____. "Princípio da legalidade e ações administrativas no âmbito estadual durante a pandemia de COVID-19", in Augusto Dal Pozzo, Márcio Cammarosano (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*. São Paulo, RT, 2020.

_____. *Responsabilidade do Estado*, in *Tratado de direito administrativo*, vol. VII (coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters Brasil, 2019.

WAHL, Rainer. "Aux origines du droit public allemand contemporain", in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 3, mai/jun. Paris: LGDJ, 2007.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Ed. RT, 1981.

ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade de prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar*. São Paulo: Malheiros, 2010.



FILIFE LUIZ MENDANHA SILVA

É mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Santa Maria.

**FILIPPE LUIZ
MENDANHA**

INTERAÇÃO ESTADO-SOCIEDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A GOVERNANÇA ELETRÔNICA NO BRASIL E AS FERRAMENTAS DIGITAIS NA GESTÃO DE CRISES DEMOCRÁTICAS

RESUMO

O presente estudo visa analisar a interação do Estado – Sociedade por meio da governança eletrônica e a utilização de tecnologias digitais com fins de diluir o afastamento da sociedade das decisões governamentais, bem como facilitar o acesso desta aos instrumentos de dados, documentos e transparência geridos pela administração pública. O trabalho, munido dos métodos descritivo e de revisão sistemática da literatura, tem como objetivo principal verificar como a governança eletrônica vem favorecendo a participação da população nos processos governamentais e de gestão de riscos da democracia participativa. Neste diapasão, o estudo por meio de da apresentação de algumas ferramentas de governança eletrônica existentes, demonstra a sua aplicação e como essas possibilitam a participação mais ativa da sociedade nas decisões de governo e auxiliam no processo democrático.

PALAVRAS-CHAVE

Governança eletrônica; Ferramentas digitais; Gestão de risco democrática; Sistema político.

INTRODUÇÃO

A era do conhecimento e da globalização; as mudanças econômicas, sociais e políticas e a consolidação da democracia no Brasil fizeram com que os governantes tivessem de adequar suas práticas a um mundo mais complexo, moderno. Inserida nesse contexto, construiu-se a sociedade da informação, na qual essa ferramenta se tornou de fácil acesso e essencial para o desenvolvimento pessoal e coletivo (LUCIANO, WIEDENHOFT, DOS SANTOS, 2018, p.105). Isso exigiu que os governos adotassem modelos de gestão inovadores, bem como novas formas e novos instrumentos de administração utilizando-se das tecnologias de informação e comunicação (TIC's), que fazem com que a abordagem da gestão pública caminhe para uma relação Estado-sociedade mais participativa e transparente, configurando novas estruturas de governança (SOARES JÚNIOR E SANTOS, 2007, p.30).

Nesse contexto, a evolução da informática, dos meios de comunicação e, particularmente, da Internet definiu (e define cada vez mais) novos modelos para o relacionamento Estado/sociedade, configurando novas estruturas de governança. Essas novas tecnologias, portanto, teriam potencial para construir uma nova relação entre governantes e cidadãos, pressupondo-se que possibilitam uma administração pública mais eficiente, democrática e transparente.

Identificado como uma inovação na área administrativa, o governo eletrônico, também chamado "e-gov" ou "e-governo", representa, essencialmente, o acesso via Internet a informações e serviços oferecidos pelos governos. Essa prestação eletrônica de serviços igualmente envolve outros aspectos, como a governança eletrôni-

ca, que, conforme definem os autores Rezende e Frey (2005, p.5), "pode ser entendida como a aplicação dos recursos da TI na gestão pública e política das organizações desse tipo". Trazendo outro enfoque, é possível dizer que a Governança Eletrônica pode ser entendida como a "união dos cidadãos, pessoas-chave e representantes legais para participarem das comunidades, junto ao governo, por meios eletrônicos" (FERGUSON, 2002, p.104).

Nessa perspectiva, entende-se que a governança eletrônica tem como foco utilizar um conjunto de ações, baseado no uso das TIC's que visam facilitar o acesso à informação e ao conhecimento sobre o processo político para melhorar a atuação social (Holzer e Kim, 2005, p.59). A governança eletrônica não abrange somente a disponibilização de serviços online e da geração de eficiência na administração pública, mas permite um desenvolvimento das formas de governo por meio do incremento da participação social na atividade decisória e no controle das ações governamentais.

No cenário da administração pública brasileira, faz-se necessário apresentar a definição de governança eletrônica, sua estruturação e ferramentas e como ocorre a promoção da participação cidadã. O tema em questão encontra-se atualmente na fase embrionária de discussão, com poucos trabalhos teóricos, além de ser visto como integrante do governo eletrônico, o qual, no Brasil, ocupa situação de destaque, desde 1999, quando elaborou-se uma política sistemática de governo eletrônico no Brasil, com a implantação do projeto Sociedade da Informação (SocInfo) do Ministério da Ciência e Índice de governança eletrônica dos Estados Brasileiros, no âmbito do poder Executivo. O governo eletrônico no Brasil tem se desenvolvido de forma significativa e isso é acompanhado por parte dos cidadãos e empresas, utilizando-o para melhorar suas condições de vida, principalmente pelo acesso a serviços e informações pela internet. Esse desenvolvimento é confirmado por Lau et al. (2008, p. 9) quando diz que o Brasil, juntamente com Argentina e México, situa-se entre as nações mais avançadas, em nível mundial, em termos de presença na web, baseada em um relatório comparativo de governo eletrônico das Nações Unidas.

A partir das constatações feitas, surge, então, o problema que este artigo busca resolver: como as ferramentas da prática de governança eletrônica possibilitam a participação e favorecem a população nos processos governamentais?

O objetivo deste trabalho é analisar as práticas de governança eletrônica no Brasil e, a partir de uma revisão sistemática da literatura, verificar como a governança eletrônica vem favorecendo a participação da população nos processos governamentais. Por meio da apresentação de algumas ferramentas de governança eletrônica existentes, será demonstrada sua aplicação e como essas possibilitam a participação mais ativa da sociedade nas decisões de governo e auxiliam no processo democrático.

Este estudo justifica-se no sentido de que, com o advento das TICs, a governança eletrônica aparece como uma tendência emergente para reinventar o funcionamento do governo, especialmente na oferta de serviços públicos e participação cidadã na gestão, de maneira on-line, sendo importante entender o funcionamento prático deste conceito e o panorama dos estudos sobre o assunto por meio da revisão de literatura.

1. DESENVOLVIMENTO

A palavra “governança” vem do latim *gubernare* e está relacionada com o governo, com a administração em um sentido mais genérico (PAIVA, 2002, p. 41). Com o advento da tecnologia e da ampla utilização das tecnologias de informação e comunicação (TIC’s), surgiram novas formas de administração, e isso aprimorou e inovou a relação Estado-sociedade (MELLO, 2009, p. 89). A governança eletrônica tem relação com a melhoria da forma de governar do Estado e a formulação de suas políticas, construindo um canal de comunicação entre o governo e o cidadão, além de possibilitar uma administração mais eficiente, democrática e transparente (FABRIZ, BERTOLINI, DE MELLO, 2017, p. 269).

A governança eletrônica é um conceito que surge juntamente com democracia, sociedade civil, participação social, entre outros termos que remetem à interação da população nos processos governamentais (OKOT-UMA, 2000, p. 97). Assim, a governança eletrônica deve possibilitar à sociedade uma participação mais efetiva, gerando um processo político inclusivo e democrático.

O contexto da governança eletrônica insere-se no cenário da evolução das TIC's e transformações sociais, proporcionando uma melhoria na prestação dos serviços públicos e fomentando o fornecimento de informações públicas à sociedade, além de encorajar sua participação.

As possibilidades de otimização de processos de gestão governamental - ou mesmo de criação de novos processos - baseados em soluções de tecnologias de informação e comunicação passam por princípios definidos pelos conceitos de governo eletrônico, que "aceita conceituações diversas" (MEDEIROS e GUIMARÃES, 2003, p.9).

Entre as diferentes concepções de e-gov apresentadas pela literatura, duas definem o termo de modo claro e objetivo. Para a Intosai (2003, p.3), trata-se da "oferta e troca de informações e serviços governamentais on-line para cidadãos, empresas e outras agências governamentais". Segundo as Nações Unidas (2002, p.1), é a "utilização da Internet e da Web para ofertar informações e serviços governamentais aos cidadãos".

Assim, a governança pode ser traduzida como a capacidade financeira e administrativa de implementar políticas públicas que objetivam tornar o Estado mais forte e menor pela superação da crise fiscal, pela delimitação da sua área de atuação, distinção entre o núcleo estratégico e as unidades descentralizadas, pelo estabelecimento de uma elite política capaz de tomar as decisões necessárias e pela dotação de uma burocracia capaz e motivada.

2. GOVERNANÇA VERSUS GOVERNABILIDADE

A governança se traduz na forma por meio da qual o governo gerencia os recursos econômicos e sociais do Estado visando ao interesse coletivo da sociedade. Refere-se à capacidade administrativa e financeira, de um governo implementar as políticas públicas.

Segundo o Banco Mundial (1992), governança é “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento”. Em outros termos, a governança é a organização dos recursos públicos com vistas à otimização gerencial da máquina pública, à transformação dos objetivos governamentais em ações públicas, para o atendimento das demandas da sociedade e o alcance dos objetivos do Estado. Diz respeito às competências técnicas, financeiras e gerenciais, tendo como origem os agentes públicos, em sentido amplo, e os servidores públicos, em sentido estrito.

A governança pode envolver a articulação em rede de outros entes públicos ou organizações privadas em cooperação, de modo que a qualidade das interações entre os atores estatais e não estatais está diretamente ligada ao grau de governança e ao processo de elaboração de políticas públicas.

Lado outro, a governabilidade se refere à capacidade política do Estado de governar e decidir, originada da sua legitimidade democrática e política perante a sociedade no exercício da autoridade, o que reflete a credibilidade e a extensão estatal do exercício do poder.

Compreende o exercício de poder de um governo, da relação entre os poderes e da estabilidade entre forças políticas divergentes. Dessa forma, relaciona-se com a estrutura política de governo.

Segundo Santos (1997), a governabilidade se trata das “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de

governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses”.

Na concepção do autor Diniz (1995), a governabilidade representa um conjunto de atributos essenciais ao exercício do governo, sem os quais nenhum poder pode ser exercido. Em outras palavras, podemos aferir que, sem legitimidade, não há que se falar em governabilidade.

A governabilidade é a capacidade que a Administração Pública tem de atender aos diferentes interesses da sociedade e desenvolver um objetivo comum a fim de equilibrar o sistema político.

3. GOVERNANÇA ELETRÔNICA NO BRASIL

Nos últimos tempos, a tecnologia no Brasil passou de um status de dar apenas suporte administrativo para um papel mais estratégico, auxiliando na tomada de decisões. Com a evolução da globalização, juntamente com a consolidação da democracia no Brasil, a sociedade passou a ser mais exigente, demandando mais do poder público para defesa de seus direitos, aumentando, com isso, a procura por informações governamentais, o que obrigou o Estado a ter uma maior transparência em suas ações (GOMES, MOREIRA E SILVA, 2020, p. 26).

Outrossim, o uso das TIC's possibilitou ao governo uma facilidade para atingir os seus objetivos, tornando-o mais eficiente e efetivo, facilitando o acesso das pessoas aos serviços e facilitando a transparência nas informações governamentais (BARROS, 2017, p. 14).

De acordo com informações do Comitê Gestor de Internet no Brasil (CGI, 2013, p. 1), o aumento da utilização das TIC's por parte governamental encontra-se apoiado na estruturação dos programas de governo eletrônico (e-gov), que surgem com o objetivo de modernizar a administração pública, trazendo maior desenvolvimento da máquina estatal, por meio de impactos positivos nos cenários econômico, social e político, e aumento da interação entre o Estado e os cidadãos.

3.1. FERRAMENTAS DE PRÁTICA DE GOVERNANÇA ELETRÔNICA

A administração pública tem avançado muito rapidamente no âmbito tecnológico, e com isso, surge a necessidade de coordenar esforços para conhecimento e práticas de boa governança eletrônica. Algumas práticas bem-sucedidas podem ser destacadas: a declaração anual de Imposto de Renda da Receita Federal, o sistema de compras governamentais por meio do pregão eletrônico e os sistemas de eleições com o uso das urnas eletrônicas.

3.2. O AUMENTO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO E O FAVORECIMENTO À POPULAÇÃO AOS MECANISMOS DE GOVERNANÇA ELETRÔNICA NO FOMENTO À DEMOCRACIA BRASILEIRA

A estrutura adotada por Holzer e Kim (2005, p. 78) considera que a governança eletrônica, engloba o governo eletrônico (prestação de serviços públicos) e a democracia eletrônica (participação cidadã no governo) e que esses dois são representados por cinco subgrupos de práticas: conteúdo, serviços, participação cidadã, privacidade e segurança e usabilidade acessibilidade.

As práticas de conteúdo são classificadas por Holzer e Kim (2005, p. 89) em cinco áreas: acesso a informações de contato, documentos públicos, informações sensíveis e materiais multimídia. As práticas de serviços podem ser classificadas em serviços que possibilitam que a população interaja com o governo (instrumentos que permitam a consulta de informações, acesso a informações sobre educação, indicadores econômicos, instituições educacionais, meio ambiente, saúde, ferramentas para possíveis denúncias, disponibilização de informações sobre políticas públicas etc.) e serviços que permitam que a socieda-

de possa registrar-se nos eventos e nos serviços (pagamentos de tributos, concessão de licenças, certidões ou permissões, pregões eletrônicos etc.).

Diante disso, com relação a prática de participação cidadã, Holzer e Kim (2005, p. 64) explicam que ela refere-se à existência de ferramentas que permitam contato online dos cidadãos com os gestores públicos, incentivando a participação popular em decisões de orçamento e planejamento e a possibilidade da realização de críticas e sugestões sobre temas diversos.

Mello (2009, p. 22) explica que os sítios devem possuir práticas de privacidade e segurança, apresentando confidencialidade e segurança na transmissão dos dados, devendo as informações disponibilizadas nos sítios serem protegidas contra acesso a manipulação e uso indevido, tendo em vista que se os usuários verificarem segurança nos portais eletrônicos preferiram interagir com os governantes por meio eletrônico.

Nesta seara, partindo para a análise da governança eletrônica enquanto ferramenta e propulsora da promoção da participação popular nas decisões da gestão, baseando nos graus de democracia definidos por Gomes (2005, p. 19), Caetano et al. (2016, p. 298), identificam alguns recursos e iniciativas associadas ao processo de democracia digital.

Assim, os autores elucidam que no primeiro grau, que há várias iniciativas no Brasil sejam na esfera federal, estadual ou municipal, a fim de disponibilizar informações e serviços online aos cidadãos. Na esfera federal os autores citam a solicitação de passaporte no Portal da Polícia Federal, o Sistema de Seleção Unificada (SISU). Na esfera estadual, os autores citam o website do Governo de Minas Gerais. Já na esfera municipal são elencados os sites da Prefeitura do Rio de Janeiro e da Prefeitura de Salvador.

No segundo grau de democracia, no qual as TICs são utilizadas para coletar opinião pública e fazer uso dessa informação para a tomada de decisão política, Caetano et al. (2016, p. 44) citam a

plataforma Participa.br e o Programa e-Cidadania do governo federal. O Participa.br é um espaço virtual de participação social com o objetivo de proporcionar a interação entre administração pública e sociedade civil, a divulgação de conteúdo, fóruns de debate, salas de bate papo, entre outros recursos.

Já o Portal e-Cidadania, criado em 2012 pelo Senado Federal, disponibiliza ferramentas para a interação no processo de fiscalização, no processo Legislativo, e para interação direta com senadores.

As ferramentas de participação oferecidas pelo Portal e-Cidadania são (SENADO, 2018): a) ideia legislativa: enviar e apoiar ideias legislativas, isto é, sugestões de alteração na legislação vigente ou de criação de novas leis. Assim as ideias que recebem 20 mil apoios são encaminhadas para parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH); b) evento interativo: audiências públicas, sabatinas e outros eventos abertos. São criadas páginas específicas para cada audiência/sabatina/evento com transmissão ao vivo, espaço para comentários, apresentações, notícias e documentos referentes ao evento; c) consulta pública: possibilidade dar opinião sobre projetos de lei, propostas de emenda à Constituição, medidas provisórias e outras proposições em tramitação no Senado Federal até a deliberação final.

No terceiro grau, que segundo Gomes (2005, p. 83) consiste nos princípios da transparência e da prestação de contas (accountability), Caetano et al. (2016, p. 58) destacam o Portal Brasileiro de Dados Abertos, que atua como uma biblioteca de dados publicados pelos órgãos do governo, e o Portal VisPublica, que procura facilitar a transparência de dados públicos e a tomada de decisão por meio de técnicas de visualização de informação.

No quarto grau de participação, que se refere a criação de mecanismos e processos de diálogo em busca de decisão baseada no consenso, para Caetano et al. (2016, p. 70) ainda são poucas as iniciativas. No entanto, os autores citam como exemplo o plebiscito em que os cidadãos do Estado do Pará foram consultados, por meio de votação, sobre a divisão do Estado e a criação do Estado do Carajás e

do Estado do Tapajós - isso considerando os plebiscitos, referendos e iniciativas populares como iniciativas do quarto grau.

Assim sendo, pode-se dizer que a democracia digital brasileira se encontra em um estágio maduro, conforme apontado por Sampaio (2013, p. 91). Para o autor, o Projeto de Democracia Digital do Brasil ainda é uma exceção e não uma regra, e algumas medidas são experimentais e podem ser abandonadas a qualquer momento. Há, ainda, que se destacar que, devido a o Brasil ser um país continental, se deve destacar as enormes diferenças entre todos os níveis de governo (federal, estadual e municipal).

4. METODOLOGIA

Com esta pesquisa procura-se analisar as práticas de governança eletrônica no Brasil, e a partir de uma revisão sistemática da literatura verificar como a governança eletrônica vem favorecendo a participação da população nos processos governamentais. Quanto ao nível de investigação, este estudo se caracteriza como descritivo, pois "propõe-se a investigar o 'que é', ou seja, a descobrir as características de um fenômeno como tal" (RICHARDSON, 1985, p. 60). Ao descrever as ações de governança eletrônica no Brasil, é possível analisar o contexto institucional em que essa prática se desenvolve.

Também foi adotada a técnica de revisão sistemática da literatura, a fim de identificar a evolução desse conceito no cenário da Administração Pública. Esse tipo de pesquisa é uma ferramenta-chave para tratar a diversidade de conhecimento em uma área acadêmica específica (TRANFIELD, DENYER, & SMART, 2003, p. 120). A revisão da literatura - efetiva e não tendenciosa - precisa ser sistemática e basear-se em processo estruturado e transparente, de modo a ser replicável, com isso, permitindo que as decisões e conclusões do revisor possam ser verificadas.

No intuito de visualizar o cenário da evolução da governança eletrônica na perspectiva brasileira, o plano de pesquisa bibliográfica incluiu pesquisa em bases de dados do plano nacional,

nas quais foram consultados o acervo da Revista de Administração Pública, dos Cadernos EBAPE, da Revista Geintec e a Base de Dados Scielo, utilizando filtros específicos para atingir o objetivo da pesquisa. Foi utilizado o critério de seleção de publicações feitas no Brasil entre os anos de 2005 a 2020. Foram excluídos do filtro os artigos que não tratavam do tema em questão. Ao final da busca, foram selecionados cinco artigos que tratam especificamente do tema governança eletrônica no Brasil para serem analisados e comparados com a literatura.

5. APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

Nesta seção, serão apresentados os resultados obtidos pela pesquisa, trazendo a distribuição dos anos de publicação e, em seguida, uma síntese do conteúdo dos artigos analisados.

5.1. DISTRIBUIÇÃO DOS ARTIGOS POR ANO DE PUBLICAÇÃO

Por meio de da análise dos artigos por ano de publicação, foi possível perceber que as pesquisas sobre governança eletrônica no Brasil são recentes, iniciando-se em 2005 e tendo 2017 como último ano de publicação. Essa constatação vai de encontro com a fala do autor Mello (2009, p. 29), que diz que o estudo de governança eletrônica no Brasil iniciou-se a partir dos anos 2000, com o avanço da internet. A distribuição dos anos de publicação ficou da seguinte forma: Artigo 1 - Práticas de governança eletrônica e eficiência na utilização das receitas: uma análise nos estados brasileiros (2013); Artigo 2 - Índice De Governança Eletrônica Dos Estados Brasileiros: No Âmbito Do Poder Executivo (2010); Artigo 3 - A relação entre governo eletrônico e governança eletrônica no governo federal brasileiro (2005); Artigo 4 - e-Orçamentos Participativos como iniciativas de e-solicitação: uma prospecção dos principais casos e reflexões sobre a e-Participação (2016); Artigo 5 - Governança Eletrônica: Um Estudo Identificando Os Principais Constructos (2017). Com

base nessa constatação, é possível afirmar que o tema governança eletrônica ainda está em fase de desenvolvimento no Brasil, sendo explorado de forma gradativa pelos pesquisadores.

5.2. FOCO DAS PESQUISAS REALIZADAS E ANÁLISE DO CONTEÚDO DOS ARTIGOS

A partir da análise dos artigos selecionados na busca, foi possível constatar que o maior interesse dos pesquisadores é relacionado às práticas de governança eletrônica realizadas nos estados do Brasil e a mensuração dos resultados dessas práticas.

Foi possível perceber que o Governo Eletrônico e a Governança Eletrônica estão intimamente ligados, sendo um consequência do outro. Além disso, as pesquisas mostraram que o principal objetivo da governança eletrônica é aproximar a população e dar mais transparência e agilidade aos processos do governo.

Abaixo, é apresentado um resumo dos artigos selecionados para a amostra de pesquisa.

Artigo 1 - Beuren et.al (2013) analisaram as práticas de governança eletrônica dos estados brasileiros e sua correlação com a eficiência na utilização das receitas. A pesquisa descritiva foi conduzida por meio de análise documental e abordagem quantitativa. A amostra intencional e não probabilística compreendeu os 26 estados brasileiros. O Distrito Federal foi excluído da amostra devido à indisponibilidade de dados para a pesquisa. Os resultados evidenciam que os estados com melhores práticas de governança eletrônica localizam-se na região Sudeste, seguidos dos da região Sul. O índice médio geral de governança foi de 58%, muito distante de 100%. Em relação à eficiência no uso das receitas, os cálculos pelo DEA mostram que todos os estados das regiões Sul e Sudeste apresentam *score 1*, considerados eficientes em relação aos demais. A região Norte apresentou a menor média (0,94) de eficiência. Pelos cálculos do DEA, 17 estados atingiram *score 1*, indicando que a

maioria dos estados brasileiros é eficiente na utilização das receitas. Constatou-se, ainda, que os estados com melhores práticas de governança eletrônica são os que apresentam maior eficiência na utilização das receitas.

Artigo 2 - Os autores Mello e Slomski (2010) propõem um índice de mensuração e monitoramento do desenvolvimento da governança eletrônica dos Estados Brasileiros e Distrito Federal, especificamente no âmbito do Poder Executivo. Para tal, utilizaram de pesquisa bibliográfica para a construção da plataforma teórica e para a identificação das práticas de governança eletrônica. A proposição do IGEB (Índice de Governança Eletrônica dos Estados Brasileiros) ocorreu considerando os subgrupos de práticas, ponderados igualmente e validado com o auxílio de modelagem de equação estrutural. Por meio do IGEB, foi possível verificar o percentual de práticas implantadas pelos Estados e Distrito Federal, com destaque aos Estados de SP, que já implantou 71,40% das práticas sugeridas, e MS com apenas 37,31%. Conclui-se que, de modo geral, os estados mais desenvolvidos são aqueles mais bem classificados, ou seja, com maior número de práticas de governança eletrônica implantadas

Artigo 3 - Guimarães e Medeiros (2005) investigaram as contribuições do governo eletrônico para a governança eletrônica no âmbito do governo federal do Brasil. A pesquisa baseou-se na opinião de 27 informantes-chave dos quatro setores que atuam no e-gov: setor público, iniciativa privada, terceiro setor e academia. A análise de conteúdo foi o método utilizado na pesquisa qualitativa para se extrair a percepção dos entrevistados sobre a política de e-gov. Concluiu-se que a governança eletrônica, no nível federal, encontra-se em fase inicial de desenvolvimento, com pouca participação dos cidadãos na formulação das políticas públicas, ou seja, uma fraca influência da sociedade civil na tomada de decisão, por meio da Internet, relativa ao estabelecimento da agenda governamental de políticas públicas.

Artigo 4 - Sampaio (2016), realizou uma prospecção das principais experiências de orçamentos participativos eletrônicos (e-OPs) realizadas entre 2001 e 2013. Foi utilizada a técnica “bola de neve” para mapear as principais ocorrências. O estudo visou contribuir para a compreensão de como os e-OPs se relacionam a outros projetos de e-participação, no que tange a participantes, atividades e a possibilidade de uso de métodos mistos (online/presencial) para mitigar a exclusão digital. Os resultados indicam a existência de 170 iniciativas de e-OPs em 101 localidades, sendo 139 iniciativas mistas. Ao contrário do que é apontado pela literatura, significativa parte dos e-OPs não concerne à decisão política diretamente, mas sim ao envio de sugestões e solicitações pelos cidadãos. Conclui-se que a adição de TICs aos OPs não levou, necessariamente, a uma melhoria de tais processos. No entanto, defendeu-se que e-OPs podem oferecer novos caminhos e questões para os estudos de e-participação.

Artigo 5 - Fabriz et. al (2017) buscaram, em seu estudo, identificar os principais constructos desenvolvidos nas Teses e Dissertações dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* que envolvem o tema governança eletrônica no Brasil. Realizaram uma pesquisa descritiva, do tipo revisão integrativa identificando os principais constructos desenvolvidos nos produtos dos mestrados e doutorados que compõem os estudos sobre governança eletrônica no Brasil. Como resultados, emergiram diversos constructos que envolvem a governança eletrônica, com destaque para a interação entre o governo e o cidadão, *accountability*, transparência, participação cidadã, democracia, mecanismos de serviços, tecnologias de informação, redução dos custos de transação, redução da assimetria informacional, mecanismos de serviços e informações com qualidade. Concluiu-se que o tema foi pouco explorado no Brasil, com isso, há possibilidade de ampliar as pesquisas em diversas áreas e segmentos conforme sugerem os estudos anteriores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Internacionalmente, a sociedade civil global está permanentemente preparando propostas para eventos relacionados com o tema exposto, procurando adquirir uma dimensão igualmente global com o propósito de renovar a vida social e democrática na sociedade da informação contemporânea. O número de iniciativas locais, governamentais e não-governamentais, experimentando novas formas de participação via Internet e demais recursos da tecnologia da informação e comunicação está crescendo constantemente.

Apesar da tendência dominante de um ciberespaço crescentemente privatizado e comercializado e de um desenvolvimento do setor de telecomunicação marcado pela lógica do mercado e do lucro rápido, todas essas iniciativas indicam possibilidades de o ciberespaço futuramente operar como um espaço de experimentação democrática capaz de contribuir para o aprofundamento da democracia, da governança e da gestão urbana.

Nesta pesquisa, as práticas de governança eletrônica foram vistas como uma oportunidade de incrementar a participação da sociedade na gestão pública, especialmente quanto à formulação, ao acompanhamento e à avaliação das políticas públicas, visando ao incremento da cidadania e da democracia.

Esse sistema tem um papel de destaque na forma de o governo interagir com os cidadãos e as organizações, não somente pela disponibilização de informações e serviços, mas ao levar em conta o potencial dos meios eletrônicos para a construção da governança eletrônica. Mesmo com esse potencial, a e-governança ainda estaria dando seus primeiros passos no Brasil, com pouca participação dos cidadãos na formulação das políticas públicas, ou seja, é fraca a influência da sociedade civil, por meio da internet, nas decisões que estabelecem a agenda governamental. Esse quadro resultaria da falta de regulamentação para a participação social no processo decisório por meios eletrônicos e pelo fato da elite política não considerar a governança digital um verdadeiro instrumento para a ampla participação da sociedade.

Foi possível perceber, por meio de da análise dos artigos da amostra, que as TIC's são elementos facilitadores da democracia e da participação social, mas, no Brasil, falta incentivo à participação da população, o que causa a pouca difusão das ferramentas de governança eletrônica, as quais poderiam ser melhor aproveitadas e desenvolvidas.

Mesmo com essa falta de incentivo, é possível verificar, no decorrer do artigo, que já existem ferramentas de e-governo (prestação de serviços, disponibilização de informações) e de e-governança (participação popular, formulação de políticas públicas, transparência) que são muito úteis tanto para a população como para o governo em si.

Com a aceleração da globalização e do desenvolvimento de tecnologias cada vez mais avançadas, o cenário para a implementação de ferramentas facilitadoras dos processos governamentais é muito prospectivo e, também, a partir da sua inclusão na cultura do povo brasileiro, será cada vez mais difundido seu uso, facilitando a participação cidadã nos processos do governo.

Assim, a administração estratégica e as tecnologias da informação e comunicação, por meio de aplicações em governança e democracia eletrônica, podem apresentar um potencial promissor para facilitar a participação dos cidadãos na gestão urbana para assegurar uma maior interatividade entre os atores locais e, também, transformar a gestão urbana participativa em benefício da transparência administrativa, da ampliação da participação pública, do fortalecimento da democracia local e suas redes de relacionamentos e da sustentabilidade urbana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Ana Paula da Cruz Holanda. **A eficiência relativa da governança eletrônica das universidades federais brasileiras.** 2017.

BEUREN, I. M.; MOURA, G. D. DE; KLOEPPPEL, N. R. Práticas de governança eletrônica e eficiência na utilização das receitas: uma análise nos estados brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 47, n. 2, p. 421 a 442, 12 abr. 2013.

MELLO, G. R.; SLOMSKI, V. Índice de Governança Eletrônica dos Estados Brasileiros (2009): no âmbito do Poder Executivo. **Journal of Information Systems and Technology Management**, v. 7, n. 2, art. 7, p. 375-408, 2010.

CAETANO, B. P. et al. **Democracia digital: uma análise sobre recursos e aceitação.** In: BRAZILIAN SYMPOSIUM ON INFORMATION SYSTEMS, 12., 2016, Florianópolis, SC. Anais.... Florianópolis, SC, 2016. Disponível em: . Acesso em: 08 jul. 2021.

DINIZ, Eli. **JGovernabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90.** DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995.

FABRIZ, Sergio Moacir; BERTOLINI, Geysler Rogis Flor; DE MELLO, Gilmar Ribeiro. **Governança Eletrônica: um estudo identificando os principais constructos.** REVISTA GEINTEC-GESTAO INOVACAO E TECNOLOGIAS, v. 7, n. 4, p. 4044-4058, 2017.

FERGUSON, M. **Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em desenvolvimento.** In: EISENBERG, J.; CEPIK, M. (Org.). *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 103-140.

GOMES, Danusa Fernandes Rufino; MOREIRA, Marina Figueiredo; SILVA, Eval Pereira da. Participação cidadã: o gap da governança digital nas autarquias e fundações da educação no Brasil. **Organizações & Sociedade**, v. 27, p. 431-458, 2020.

GOMES, W. **A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política**. Revista Fronteiras: estudos midiáticos, v. 7, n. 3, p. 214-222, set./dez. 2005.

HOLZER, M.; KIM, S. **Digital Governance in Municipalities Worldwide (2005)**. Division for Public Administration and Development Management Department of Economic and Social Affairs, United Nations. 2005.

HOLZER, Marc; KIM, Seang-Tae. **Digital governance in municipalities worldwide: a longitudinal assessment of municipal websites throughout the world**. Division for Public Administration and Development Management Department of Economic and Social Affairs, United Nations. 2005. Disponível em: . Acesso em: 9 jul. 2021.

JANOWSKI, Tomasz; PARDO, Theresa A.; DAVIES, Jim. **Government information networks: mapping electronic governance cases through public administration concepts**. Government Information Quarterly, v. 29, p. S1-S10, 2012.

LUCIANO, Edimara Mezzomo; WIEDENHOFT, Guilherme Costa; DOS SANTOS, Fábio Pinheiro. Barreiras para a Ampliação de Transparência na Administração Pública Brasileira: Questões estruturais e culturais ou falta de estratégia e governança?. **Administração Pública e Gestão Social**, 2018.

MELLO, G. R. **Estudo das práticas de governança eletrônica: instrumento de controladoria para a tomada de decisões na gestão dos estados brasileiros**. 2009. Tese de Doutorado Programa de Pós-Graduação em Curso de Ciências Contábeis Universidade de São Paulo, São Paulo- SP, 2009, p.188.

OCDE. **Des citoyens partenaires: information, consultation et participation à la formulation des politiques publiques**. Paris: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), 2001.

SAMPAIO, R. C. **Democracia digital no Brasil: uma prospecção das iniciativas relevantes**. Revista Eletrônica de Ciência Política, Curitiba, PR, v. 4, n. 1-2, p. 55-79, 2013. Disponível em: . Acesso em: 7 jul. 2021.

Senado Federal. **Portal e-Cidadania**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/sobre>. Acesso em: 08 jul. 2021.

SOARES JUNIOR, Jair S.; SANTOS, Ernani M. **Governança eletrônica: uma perspectiva sociotécnica das organizações públicas a partir da padronização e interoperabilidade**. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 31., 2007, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: Anpad, 2007. p. 1-16.

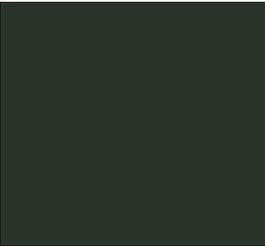
Viana de Souza, F. J., Araújo, F. R. de, Araújo, A. O., & Silva, M. C. da. (2014). **ANÁLISE DAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA ELETRÔNICA DOS MUNICÍPIOS MAIS POPULOSOS DO BRASIL: UM ESTUDO BASEADO NO MODELO DE MELLO (2009)**. REUNIR *Revista De Administração Contabilidade E Sustentabilidade*, 4(3), 62-77. <https://doi.org/10.18696/reunir.v4i3.199>

REZENDE, Denis A.; FREY, Klaus. Administração estratégica e governança eletrônica na gestão urbana. **Revista Eletrônica de Gestão de Negócios**, v. 1, n. 1, p. 51-59, 2005.

SAMPAIO, Rafael Cardoso. e-Orçamentos Participativos como iniciativas de e-solicitação: uma prospecção dos principais casos e reflexões sobre a e-Participação1. **Revista de Administração Pública**, v. 50, p. 937-958, 2016.

SANTOS, M. H. de C. **Governabilidade, governança e democracia: criação da capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituente**. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997.

FABRIZ, Sergio Moacir; BERTOLINI, Geysler Rogis Flor; DE MELLO, Gilmar Ribeiro. Governança Eletrônica: um estudo identificando os principais constructos. **REVISTA GEINTEC-GESTAO INOVACAO E TECNOLOGIAS**, v. 7, n. 4, p. 4044-4058, 2017.



MILTON BAROSSO-FILHO

É doutor em Economia pela Universidade de São Paulo. Atualmente, é Professor Associado da Universidade de São Paulo.

RACHEL SZTAJN

É doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente, é professora associada sênior do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOÃO FERNANDO ROSSI MAZZONI

É mestrando da Universidade de São Paulo.

**MILTON BAROSSO-FILHO,
RACHEL SZTAJN E JOÃO
FERNANDO ROSSI MAZZONI**

DESAFIOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA MOEDA DIGITAL: A EMISSÃO PELOS BANCOS CENTRAIS

RESUMO

O surgimento crescente de “moedas” sem curso forçado justifica a discussão de sua natureza jurídica, desde logo classificando-a como bem, coisa. Por circular sem supervisão de qualquer autoridade monetária, pois não há garantia de conversibilidade em outra moeda, inexistindo lastro, como se dá com as moedas de curso forçado, o mercado de criptomoedas pode levar a desastres financeiros de que nem todos se apercebem. Falta-lhes a liquidez típica das moedas de curso forçado. Nada obstante esses problemas, a criação de criptomoedas, expressão do exercício da autonomia privada, não viola norma cogente. Se, do ponto de vista jurídico, a moeda virtual não é ilegal, obstáculos econômicos surgem a caracterizá-la como meio de pagamento pleno. Atualmente, discute-se a possibilidade de criação de eventuais moedas digitais a serem emitidas por bancos centrais substituindo, ainda que parcialmente, as atuais moedas físicas em circulação. Abre-se espaço, portanto, neste artigo, para reflexões quanto a uma possível disciplina legal para tal hipótese, a emissão de cryptocurrencies por bancos centrais, atribuindo às mesmas curso forçado, ratificando sobreposições de as-

simetrias de informação e de custos de agência ao modelo. Além disso, reflexões a partir da Análise Econômica do Direito acrescentam à análise outras considerações.

PALAVRAS-CHAVE

Moeda; moeda virtual; Banco Central; curso forçado.

1. INTRODUÇÃO

A emergência crescente de “moedas” que não têm curso forçado explica a discussão da natureza jurídica deste tipo de moeda, desde logo classificando-a como bem, coisa. Mas, já advertira Milton Friedman, a engenhosidade das pessoas e os avanços tecnológicos poderiam levar ao aparecimento de moeda virtual, entre as quais se destaca o *bitcoin*, a criptomoeda que, ao que tudo indica, foi a primeira entre as muitas que circulam atualmente.

A natureza jurídica da moeda virtual, discutida abaixo, demonstra que não há limites para a engenhosidade dos agentes econômicos que, muitas vezes, aceitam incertezas disfarçadas como riscos.

Por circular sem supervisão de qualquer autoridade monetária, por não haver garantia de conversibilidade em outra moeda e inexistir lastro, como se dá com as moedas de curso forçado, por exemplo, o mercado de criptomoedas pode levar a desastres financeiros de que nem todos se apercebem. Falta-lhes a liquidez típica das moedas de curso forçado. E, nada obstante esses problemas, a criação de criptomoedas, expressão do exercício da autonomia privada, não viola norma cogente, não é ilegal.

Distinguir o *bitcoin*, fruto da autonomia privada, de outros meios de pagamento como o *PayPal* ou moedas opacas, denominadas em moedas nacionais, é o que se pretende discutir a seguir.

Criação da engenhosidade dos agentes econômicos, furtando-os dos custos incorridos em operações intermediadas apenas pelo sistema financeiro, o *bitcoin* não é moeda no sentido específico do termo, mas um bem ou meio de troca possível, cuja função primordial é, como se afirmou atrás, evitar custos incorridos ao realizar operações no mercado virtual por meio de instituições financeiras.

Atualmente, discute-se a possibilidade de criação de eventuais moedas digitais a serem emitidas por bancos centrais, as CBDC, substituindo, ainda que parcialmente, as atuais moedas físicas em circulação. Abre-se espaço, portanto, neste artigo, para reflexões quanto a uma possível disciplina legal abrir espaço para tal hipótese, a emissão de *cryptocurrencies* pelo Banco Central, atribuindo às mesmas curso forçado e ratificando sobreposições de assimetrias de informação e de custos de agência ao modelo.

2. MOEDA: BEM ECONÔMICO

De que a moeda é um produto de conveniência muito antigo, não há dúvida. Entretanto, artefato seguro, indiscutivelmente aceito sempre por todos e em todos os sentidos, é muito ocasional, para não dizer recente. Este aspecto está conectado ao desenvolvimento do capitalismo, a partir do final do século XVIII, e à sofisticação dos instrumentos de troca. Enquanto conveniente no uso, a moeda foi capaz de subsistir por mais de quatro mil anos, entretanto, a segurança desejada e a sua aceitação plena foram alcançadas apenas nos últimos duzentos anos.

Essa aparente dicotomia entre, de um lado, conveniência e, de outro, segurança e aceitação plena resolvia-se, nos quatro mil anos iniciais de sua história, por meio de acordos tácitos de equivalência da moeda a três metais preciosos e raros: prata, ouro e cobre o que estreitou a associação entre moeda e metais preciosos na forma da moeda mercadoria.

Do ponto de vista econômico, os metais preciosos preenchem a condição de conveniência, pois homogêneos ¹, pesáveis, divisíveis, não perecíveis, fácil e rapidamente avaliados. Segundo Heródoto (*apud* Galbraith, 1997, p. 06), os reis da Lídia, ao final do século VIII E.C., foram os primeiros a testarem a conveniência e a aceitação de moedas metálicas com pesos e valores pré-determinados. Esse procedimento significou o embrião da prática da cunhagem, adotada, a partir de então, por reis e governantes. Determinar, previamente, os pesos dos metais preciosos das moedas cunhadas foi forma evolutiva que garantiu aceitação, sem que o receptor tivesse de arcar com os custos de pesá-la, avaliá-la, etc. Portanto, a aceitação da moeda, em tempos passados, como bem intermediário de troca era decisão privada, fundada na confiança, porém não tinha curso forçado.

Se a moeda fiduciária contemporânea de curso forçado não foi a regra ao longo da história, como justificar sua aceitação e prever os comportamentos de reis e governantes na antiguidade diante de necessidades de recursos? Tal qual a ideia de mercado, a concepção histórica do desenvolvimento da moeda decorre de um modelo lógico representativo da realidade, o que permite deduzir os aspectos gerais da moeda e sua função no sistema econômico/financeiro.

Parte-se da definição básica, em Economia, de que os recursos são escassos e, portanto, devem ser usados de forma eficiente, e que as pessoas têm necessidades que demandam satisfação, para o que é necessária a disponibilidade de bens e serviços que tenham valor de uso e sejam aceitos nas trocas. O valor de uso é determinado pela utilidade auferida no consumo de determinado bem relacionado às suas propriedades físicas. O valor de troca, por outro lado, é resultado da aceitação dos termos em que bens e serviços são trocados uns pelos outros.

¹ Bens homogêneos é terminologia econômica. São bens que não se diferenciam por atributos a eles anexados. Portanto, substituíveis por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Elevada equivalência conceitual encontra-se no termo fungibilidade, em Direito.

É evidente que as pessoas não estabeleceram trocas entre bens e serviços por meio de um sistema sofisticado, mas por intermédio de algo mais simples e ágil visando satisfazer as suas necessidades; isto é, bens são trocados por outros bens e/ou serviços; valores de uso e de troca são permutados por outros valores de uso e de troca. Essa é a natureza incipiente das trocas relacionada ao escambo. Se o escambo é meio de troca generalizável em uma sociedade rudimentar, o processo não se sustenta ao longo do tempo, principalmente com o desenvolvimento e o aumento significativo das trocas, tanto em nível individual quanto entre grupos e sociedades distintas.

Facilitar e agilizar a promoção das trocas tornou-se imperativo. Nasce, assim, a demanda pela criação de um meio de superação das trocas diretas, promovendo a satisfação das necessidades humanas e evitando dificuldades de encontros entre demandantes e ofertantes de bens e serviços na exata medida das necessidades individuais (custos de transação). O escambo torna-se prática limitada de satisfação das necessidades humanas. Por exemplo, um produtor de bananas que necessite de leite tem pela frente a tarefa de encontrar um produtor de leite que deseje bananas e que haja exata proporção entre as demandas de cada um de forma que os dois bens sejam adequados a ambos para que a troca ocorra.

Desponta a discussão acerca da possibilidade da criação de um bem que facilitasse todas as trocas, ou um meio de troca simples e apto a tornar o processo mais ágil. Possível é e, certamente, o foi, criando-se a moeda, nada obstante não se possa associar, imediatamente, esse passo à moeda como a conhecemos atualmente. Em estágios incipientes do desenvolvimento econômico, bens outros assumiram a função de moeda, embora representassem experiências pouco significativas no tempo. Lembre-se, como exemplo, do sal que era utilizado para pagamento por serviços, de onde vem o termo salário. No entanto, poucos ou quase nenhum desses bens tiveram aceitação plena.

A aceitação plena de um bem enquanto equivalente geral ² para trocas consolida-se a partir da concordância tácita quanto ao uso de metais preciosos. Trata-se da primeira associação que se conhece entre moeda e metal, nascendo, assim, o que os economistas denominam moeda mercadoria ou moeda metálica. Reiterando, a aceitação é tácita e baseada na confiança acerca do conteúdo metálico representativo do valor que a moeda tem.

Se a volta à pesagem das moedas é um desdobramento natural da história desse bem, sua ligação com o desenvolvimento dos bancos, a partir de 1609, e a entrada de metais preciosos provenientes da América pelos portos espanhóis provocou outro fenômeno, que se espalhou por toda a Europa: a inflação.

Estudando de maneira minuciosa esse fenômeno, Hamilton (1934, p. 283-306) ³ relata elevações substanciais e rápidas de preços entre o início do século XVI e a metade do século XVII, estimulando o crescimento da inflação. Na verdade, ao discutir fatos ligados à inflação de preços, o autor chama a atenção para outra função conhecida do meio de troca, a unidade de conta, aptidão para expressar valores de troca ou os respectivos preços, de forma inteligível e imediata, entre os diversos bens e serviços na sociedade.

Ratificando essa posição, North (1991, p. 105) manifesta-se em relação a custos de transação que *"Innovations that lowered transaction costs consisted of organizational changes, instruments, and specific techniques and enforcement characteristics that lowered the costs of engaging in exchange over long distances"* e argumenta que, entre os séculos XI e XVI da Era Moderna, as trocas na Europa beneficiaram-se dessas inovações institucionais, dentre as quais aquelas que reduziram os custos de transação gerados pela falta de informação precisa - por exemplo, a expressa impressão de preços das várias mercadorias para conhecimento geral de compradores e vendedores nas feiras europeias em que os bens e serviços eram oferecidos e em que foram criadas as Corporações de Artes e Ofícios. Nesse sentido, constituiu essa inovação um sinal que unifica a

2 Denominação típica encontrada em Marx (2013, p. 145).

3 Hamilton (1929, p. 352-354).

interpretação acerca do que a moeda representa.

A Espanha controlava, rigorosamente, a cunhagem de suas moedas, embora a atividade fosse empreendimento essencialmente privado. Na Holanda, havia 314 casas produzindo moeda entre o fim do século XVI e o século XVII. Notável que esse empreendimento ainda não fosse um monopólio estatal, aspecto que viria com a centralização da produção de moeda por uma autoridade bancária na Inglaterra em fins do século XVIII.

Para Smith (1981), a inconveniência da desbastagem e da falsificação bem assim as excessivas emissões de moeda, foram solucionadas, pelo menos para os propósitos de sua época, com o estabelecimento, em 1609, do Banco de Amsterdam, que operava com a garantia do governo da cidade. O problema da cunhagem migra para os bancos e tesouros nacionais, não excluindo as instituições estabelecidas para proteger a própria cunhagem. Segundo Galbraith (1997, p. 13), "... novo remédio constitui, seguramente, uma fonte de novos abusos..."; pois as criatividade materializam-se nessas novas instituições, como parte da solução de outras demandas financeiras, como do setor público e da Companhia Holandesa das Índias Orientais.

Logo, conclui-se que a tentação por desviar a moeda de suas funções por meio de práticas de fácil e imediata aplicação leva à necessidade de criar mecanismos protetores de sua produção, que, por sua vez, criam novas formas de desviá-los de seus objetivos. Contemporaneamente, isso corresponde a destruir uma, algumas ou todas as funções clássicas da moeda: unidade de conta, reserva de valor e bem intermediário de troca.

Se a história da criação dos bancos comerciais está ligada aos mercadores italianos, a criação dos bancos centrais é contribuição inglesa, e a do papel moeda, dos norte-americanos. Os modernos bancos comerciais surgem, a princípio, como remédio para os desvios de cunhagem. Entretanto, não demorou muito para se perceber que os bancos também eram capazes de criar moeda por meio

de operações bancárias: o empréstimo dos recursos depositados e que exigem retorno na forma de juros estimulam a alavancagem no sistema financeiro.

Ciclos de euforia e pânico foram frequentes a partir do século XVII. Digno de nota é o episódio de John Law, na França, gerado pela falta de equilíbrio entre depósitos, reservas em ouro e prata e os empréstimos bancários. Portanto, a possibilidade de ocorrerem situações em que o depositante comparecia ao banco e nenhum ou poucos recursos estavam disponíveis para saque tornou-se um risco substancial. O instrumento pioneiro de reforma foi a criação do Banco da Inglaterra, desempenhando as funções que se conhece atualmente: controle dos bancos comerciais, prestador de última instância, depositário fiel do sistema e emissor da moeda.

Se a moeda responde à economia ou se a moeda influencia a economia é debate não pacificado entre economistas. Defensores da ideia de que a moeda é apenas influenciada pelos ciclos econômicos sempre existiram. No século XIX, entretanto, ainda sob a prevalência do pensamento econômico de matriz liberal, Ricardo (1996) firma a ideia de que a moeda, para ser perfeita, deve ter valor constante, fundamentando, assim, o sistema de padrão ouro inglês a vigor até o início da I Guerra, estabelece conexão entre notas bancárias e sua conversão em metal. Em 1825, o autor reconhece ao Banco da Inglaterra a função de prestador de última instância; isto é, o papel de prestar socorro a bancos comerciais, na tentativa de impedir corridas bancárias e o colapso do sistema financeiro.

Da situação de trocas apenas com bens, escambo puro, a sofisticação do sistema demandou um meio de troca geral, que se identificou, no tempo, com o que conhecemos por moeda - meio de troca, instrumento de intermediação das trocas, dissociado das mercadorias em si, cuja aceitação evoluiu no sentido de um acordo tácito consentindo no recebimento de metais preciosos como esse instrumento que denominamos moeda.

Se a confiança se estabelece pelo consentimento em receber metais preciosos nas trocas em geral, ressalta-se a questão da assimetria de informação, visto que quem entrega a moeda em paga-

mento a quem a recebe, em troca do que vendeu, sabe mais sobre sua qualidade do que este e os demais agentes em mercado. Nesse sentido, generaliza-se situação discutida por Akerlof (1970) quando da apresentação dos efeitos da assimetria de informação em mercados de carros usados nos Estados Unidos. Isto é, a moeda de qualidade duvidosa expulsa a moeda de boa qualidade do mercado e passam a circular apenas as moedas desbastadas e falsificadas.

Embora antecedentes ao episódio do acúmulo de metais preciosos na Europa, por meio da exploração das minas de prata na América espanhola, os bancos comerciais foram um passo decisivo na história da moeda. Atuando como depositários de valores privados em troca dos papéis que emitiam, acabaram por descobrir que também eram capazes de criar moeda.

Essa criação supostamente mágica de moeda ocorre por meio da mais clássica das operações bancárias, o empréstimo ou mútuo. Em troca do pagamento de juros, os bancos comerciais são sempre incentivados a emprestar os recursos que recebem em depósito (para guarda), confiando que nem todos os depositantes comparecerão para retirá-los e que, ao mesmo tempo, mesmo muitos deles comparecendo, seu número e os valores serão inexpressivos ante o montante total recebido. Lembra-se de que o depósito bancário é denominado depósito irregular porque o banco se compromete a devolver valor e não as mesmas moedas que tenha recebido.

Como se cria moeda sem que o banco vá à falência? Por meio do equilíbrio entre depósitos, reservas em ouro e prata e montante de empréstimos. Ainda, para não complicar, pode-se acrescentar a esse equilíbrio de fatores a adimplência substancial de grande parte dos valores por quem os toma emprestado.

Novamente, temos um problema de assimetria de informação. Entretanto, desta vez, a informação relevante é sempre detida pelos bancos comerciais que tentam, de todas as maneiras, garantir aos depositantes que os respectivos valores recebidos em depósito estão em segurança, ou que a casa bancária que escolheram é confiável. O grande teste de confiança ao longo dos séculos foi,

sempre, subsistir às corridas bancárias, o que, em alguns casos, não foi suficiente.

Reiterando as palavras de Galbraith (1997, p. 13), o novo remédio constitui, seguramente, nova fonte para novos abusos, principalmente quando se obtém lucro a partir da própria moeda. A resposta ao tipo de abuso cometido pelos bancos comerciais foi instituir a fiscalização das operações. Estaria solucionado o problema em definitivo?

Por certo que não. O fiscal, inicialmente, não era fiscalizado e enquanto guardião das preocupações do governo inglês, o Banco da Inglaterra assumiu funções clássicas de banco central. Se, enquanto controlador ou fiscalizador do sistema bancário, além de prestador de última instância, o Banco da Inglaterra atuava como moderador das assimetrias de informação, o mesmo não pode ser afirmado quanto à função que assumia com exclusividade, principalmente a partir de fins do século XVIII, a de emissor da única fonte de papel moeda em Londres.

A moeda responde à economia ou influencia a economia? É com essa indagação de Galbraith (1997, p. 33) que se destaca que os papéis⁴ emitidos pelos bancos comerciais tinham muito em comum com os papéis emitidos pelos governos. Enquanto os certificados de depósito eram instrumento para captação de moeda pelos bancos comerciais, os títulos emitidos para pagar a dívida pública, em troca do resgate pelo valor de face e as respectivas promessas de pagamento de juros, tornaram-se os principais instrumentos para captar moeda junto ao público.

Os títulos públicos apresentavam vantagem inicial àquele tempo, pois ofereciam pagamento de juros em troca da sua aquisição; estava garantida a promessa do resgate pelo valor de face, e o Estado era visto como titular da majestade e da integridade plenas. Evidente, pelas experiências de políticas econômicas, que tanto a moeda responde à economia quanto influencia o ritmo da econo-

⁴ Agora papéis como os conhecemos; isto é, os bancos comerciais emitem papéis em contrapartida aos montantes depositados. Não mais há emissão de moeda propriamente dita. Os bancos centrais,

mia, porém as tentações dos governos de usa e abusar desse recurso para disporem de mais moeda a fim de estimular as respectivas economias são mais evidentes.

Da experiência com os problemas gerados com a moeda metálica, emergem outras tendências que norteiam as características desejáveis da moeda, materializando-se no sentimento americano de aceitar o papel moeda e, mais tarde, a moeda fiduciária. Em face dos vários episódios inflacionários, principalmente nas segunda e terceira décadas do século XX, pode-se concluir que as pessoas preferem preços estáveis ao longo do tempo, sendo nítida a preferência pela moeda forte, garantindo-se, ao mesmo tempo, confiança e estabilidade do poder de compra. Portanto, a virtude da moderação na emissão e a prudência no trato do sistema monetário são fatores primordiais ao sucesso do papel moeda, notadamente quando desvinculado de suporte em bens raros e valiosos.

O sucesso do papel moeda introduzido pelo governo federal americano atingiu plenitude tal com a garantia legal a ponto de o dólar tornar-se moeda com poder liberatório. A par disso, construiu-se, no pós-guerra, o sistema monetário de Bretton Woods, cujo colapso marcou, no início da década de 70 do século XX, o divórcio entre essa moeda e o ouro, vigendo, a partir de então, a experiência monetária atual.

Marcando os 50 anos desse colapso, desnecessário é recorrer à literatura acadêmica, mas sim a fatos e experiências internacionais para afirmar que esse período foi marcado por prolongados e recorrentes processos inflacionários, déficits comerciais crônicos, além de vários ataques especulativos contra moedas nacionais e crises cambiais. Sem dúvida, o sistema monetário que substituiu o de Bretton Woods não se mostrou superior, demonstrando sinais claros de esgotamento. Ao declarar o calote temporário dos tratados que obrigavam os EUA a resgatar os dólares em ouro, em agosto de 1971, o Presidente Nixon efetivou as célebres palavras de Friedman de que nada mais permanente do que uma declaração oficial de governo é aquela que um programa será temporário.

Com o fim do padrão emergente em Bretton Woods, a preocupação com possíveis gastos de endividamento dos governos por meio de emissão monetária exacerbada aumentou. F.A. Hayek, em seu livro “Desestatização do dinheiro”, pontua que o padrão-ouro era a única forma de restringir o poder arbitrário de emissão monetária da autoridade governamental. No último capítulo da obra, Hayek defende a competição monetária, ou seja, a competição entre diferentes tipos de moedas. Assim, para estimular a iniciativa de se criar arranjos monetários privados, afirma o seguinte:

“Sempre tivemos um mau dinheiro porque a empresa privada não teve permissão de nos fornecer um melhor. Num mundo dominado pela pressão de interesses organizados, a verdade importante a ter em mente é que não podemos contar com a inteligência ou a compreensão, mas apenas com o simples interesse próprio para nos fornecer as instituições de que precisamos. Bendito realmente seja o dia em que não mais será da benevolência governamental que teremos de esperar um bom dinheiro, mas do zelo dos bancos pelos seus próprios interesses.” Hayek (2011, p.154)

O calote marca o início de uma transição abrupta para o sistema monetário atual, conhecido por modelo fiduciário e garantido apenas pelas autoridades monetárias nacionais. Nesse mesmo padrão e afinado ao atual estágio de desenvolvimento econômico, as novas tecnologias mudaram substancialmente os ambientes bancário e financeiro e, por conseguinte, o papel da moeda no sistema. Do ponto de vista dos operadores financeiros, os serviços que prestavam sofreram expressivas transformações no contexto do fenômeno das *fintechs*. De outro lado, os hábitos domésticos de pagamentos mudaram rapidamente, recepcionando a revolução digital.

Nesse contexto, um novo caminho se coloca, trazendo à cena os bancos centrais, que destinam cada vez mais recursos significativos para o exame das possibilidades de introdução da moeda digital como complemento à moeda física. A moeda digital, segundo Urbinati et al (2021, p. 3), é meio de prover suporte ao banco central

no desempenho de suas funções, caracterizando uma solução que vai ao encontro das necessidades regulatórias e do varejo. Dessa forma, nasceu, na experiência europeia, a *Central Bank Digital Currency* (CBDC), definida como um meio de pagamento dotado das seguintes características:

- i Emitida por bancos centrais, tornando-se uma obrigação nos balanços dos mesmos;
- ii Existente na forma digital;
- iii Disponível para uso no varejo pelo público.

Por uma questão de completude, segundo Urbinati et al (2021, p. 9), a moeda e a moeda digital cumprem os papéis de unidade de conta e de reserva de valor, entretanto, ainda que a função de reserva de valor seja natural a qualquer moeda, não significa que a CBDC deva também, e necessariamente, servir como meio de investimento. Isto é, a CBDC não pode ser um ativo financeiro⁵. Além disso, ressalta-se que a despeito de qualquer objetivo, a CBDC deve ser moeda de curso forçado o que significa que concorrerá com ou complementar a moeda física.

Relembrando Keynes (1964, p. 225-226), quando o prêmio pela liquidez de um ativo excede o custo de carregamento e seu retorno, caracteriza-se a essencialidade da moeda. Caso a CBDC, além de funcionar como unidade de conta e reserva de valor, assuma, em algum momento, o papel de meio de investimento, seu retorno deixa de ser insignificante, tornando-o um ativo mais do que diferenciado, excepcional. Essa excepcionalidade abre espaço para uma taxa de retorno futura que agregará retorno e taxa de juros monetária, permitindo a especulação. Nesse sentido, as instabilidades provenientes das volatilidades em face das expectativas dos agentes econômicos em mercado podem introduzir novas dimensões ao desenho do sistema monetário atual.

⁵ Ativo detentor de valor, podendo ser negociado no mercado financeiro. Esse valor é derivado de uma reivindicação contratual e geralmente são mais líquidos em relação a outros tipos de ativos, como os tangíveis.

O rápido e constante declínio do uso de moeda em espécie pelo público nas últimas duas décadas, aos poucos “substituída” pelo cartão de crédito e, agora, o de débito, leva, por exemplo, à maior demanda por formas de pagamento digitais e ao surgimento das stablecoins em nível global que levam para o debate a possibilidade de os bancos centrais emitirem moedas digitais. Por que os bancos centrais decidiram enveredar por esse caminho?

Urbinati et al (2021, p. 8), de um lado, ponderam que o objetivo seria o de evoluir e preservar a confiança no sistema de pagamentos em um ambiente de transformação digital. Não obstante os argumentos dos autores, alinhados em grande parte aos do Banco Central Europeu ⁶, este segue em frente e expressa razões outras para investir na emissão futura da moeda digital.

Destacam-se motivos atrelados às funções reconhecidamente clássicas de um banco central, como fornecer um substituto ao papel moeda, cujo uso vem declinando rápida e constantemente nas últimas duas décadas; a retomada, por um novo meio, do controle do canal de transmissão da política monetária, além de mitigar possíveis riscos na oferta de serviços de pagamentos.

Embora sejam motivações relevantes, os bancos centrais são estruturas de governança contidas no arcabouço institucional dos estados modernos, portanto, o controle da emissão da moeda legal ou de curso forçado; a senhoriagem e a confiabilidade na nova alternativa “fiduciária”, se assim podemos denominá-la, e a busca da estabilidade dos preços e do emprego estão implícitos nessa discussão. Dentre as várias experiências capazes de ilustrar a discussão, as contribuições do BCE estão sistematizadas em relatórios e artigos científicos, por isso concentramo-nos nesse conhecimento.

Ressalta-se que, implícito aos argumentos apresentados pelo BCE ⁷, está a irrenunciabilidade ⁸ ao monopólio da emissão da moeda de curso forçado, mesmo em ambiente virtual, à função de

⁶ De agora em diante BCE.

⁷ *European Central Bank* (2020, p. 9).

⁸ No sentido jurídico de indisponibilidade da prerrogativa monopolista de emissão da moeda de curso forçado.

emprestador de última instância do sistema e ao papel estabilizador dos preços e da renda por meio de canais eficazes da política monetária. No quarto cenário previsto no relatório do BCE, introduzindo as relações do euro digital às funções clássicas do banco central, afirma-se que “If considered to be a tool for improving the transmission of monetary policy, the digital euro should be remunerated at interest rate(s) that the central bank can modify over time” (2020, p. 12-13).

A futura emissão do euro digital está condicionada a efeitos benéficos que possa gerar na perspectiva da política monetária, ou seja, o fortalecimento e a consolidação de um canal eficaz de transmissão da política monetária, permitindo ao BCE fixar a taxa de remuneração do mesmo a fim de que as decisões privadas do setor não financeiro, envolvendo consumo e investimento, sejam diretamente influenciáveis. Espera-se, portanto, que o euro digital seja um instrumento adicional na elevação da eficácia do mecanismo de transmissão monetária, inobstante este ainda não esteja claro.

Notória é, ainda, a preocupação do BCE em retomar o controle dos serviços de pagamentos que, a partir da difusão da moeda digital e do expressivo declínio da demanda por moeda em espécie, se dividiu cada vez mais com provedores privados em clara tendência de eliminação dos custos impostos por intermediários financeiros tradicionais como bancos e instituições financeiras em geral.

Finalmente, o processo de retomada do controle, por parte dos bancos centrais, é uma tentativa de recuperar suas funções clássicas vestidas de nova roupagem e adaptada à evolução tecnológica na área. A redução dos custos de transação do sistema é uma realidade, do contrário, a eficácia da moeda eletrônica estatal não se firma nas suas funções básicas, a despeito do curso legal forçado⁹.

Ao longo da discussão sobre a evolução histórica dos modelos monetários, três aspectos de natureza econômica se destacam, principalmente no modelo atual de moeda fiduciária, isto é, sem lastro em metal precioso, por exemplo. Primeiro, em todos os mo-

⁹ Reproduzirão na dimensão virtual a falta de confiança e poder liberatório que já não detêm na dimensão física.

delos, a necessidade de confiança no meio de troca dá espaço a assimetrias de informação que, ao serem reparadas, provocam novas assimetrias. Segundo, o modelo fiduciário de curso forçado dá espaço, além de a assimetrias de informação, a comportamentos oportunistas por parte da autoridade monetária, no sentido de que a gestão monetária não é feita no melhor interesse dos agentes econômicos, e sim no melhor interesse do Estado. Esse tipo de comportamento oportunista é denominado custo de agência. Finalmente, não se pode esquecer as lições de Hayek na defesa da competição monetária e da liberação da prerrogativa da iniciativa privada para criação de arranjos monetários.

Além disso, o desenho da emissão de moedas digitais pelos bancos centrais deve estar fundamentado em modelo monetário robusto, evitando, assim, introduzir mais instabilidades no sistema. Se o fim do velho sistema abriu espaço para irresponsabilidades na gestão da política monetária na dimensão física da moeda, seria prudente gerar outra fonte de instabilidade pela introdução da moeda digital?

A investida dos bancos centrais na discussão é irreversível, e a determinação de emitir a moeda digital, um caminho sem volta. Questões muito relevantes ainda estão por vir e a desafiar as autoridades monetárias, as economias e o público em geral; por exemplo, a gestão responsável da moeda digital e suas armadilhas. Certamente, conceder um cheque em branco aos bancos centrais é, por agora, uma decisão arriscada.

Outras experiências internacionais de emissão de moeda digital são várias e estão nos mais variados estágios de desenvolvimento, contudo, em nenhum caso, é possível concluir pela completude do processo. Dentre as maiores economias, China e Suécia passam pelas experiências mais avançadas por meio das emissões do e-CNY¹⁰ e da e-Kronas¹¹ respectivamente.

10 Instrumento de pagamento de curso forçado.

11 Apenas o **Sveriges Riksbank** pode criar **e-Kronas**, sendo distribuída ao público por meio de intermediários como bancos e provedores de serviços de pagamentos.

3. NATUREZAS JURÍDICAS DAS MOEDAS FÍSICA E DIGITAL

A discussão proposta quanto à natureza jurídica da moeda, bem intermediário de troca, unidade de conta e reserva de valor, tendo em vista a crescente emergência de “moedas” que não têm curso forçado, cuja natureza é de bem, ou seja, ativo, evidencia, agora, a dificuldade de classificá-la como coisa corpórea ou incorpórea.

Sobre ser coisa móvel, não pairam dúvidas. A moeda, dinheiro, circula, é transferida de um a outro agente econômico e, sob essa ótica, preenche claramente a função de bem intermediário de troca. Na medida em que seja aceita como forma de solver obrigações, a moeda permite avançar da troca (permuta) para a compra e venda. A estrutura desses contratos – *do ut des* – distingue-se exatamente porque uma das prestações é adimplida em moeda.

A função unidade de conta é convencional e se assemelha a um sinal, unifica a informação do que aquela moeda representa. A convenção permite representar, exprimir em números o valor de posições ativas e passivas, facilita valorá-las.

Já a função reserva de valor propicia a constituição de retenções para enfrentar eventuais contingências ou necessidades futuras. Poupa-se, adquirem-se bens raros (escassos), como imóveis, obras de arte, metais preciosos, pouco ou não sujeitos à deterioração para se precaver de infortúnios ou perdas imprevisíveis.

A vantagem da moeda, notadamente a de curso forçado, é que, diferentemente de outros bens, tem total liquidez, portanto, quem dispuser de moeda não incorreria em perdas se, de improviso, se vir pressionado por alguma necessidade. Outros bens valiosos, mas não líquidos, podem perder “valor” se liquidados (convertidos em moeda) em situações de emergência, ou seja, quando o lapso temporal para a liquidação é pequeno.

Cuidado que se deve adotar é que o valor nominal do dinheiro papel moeda (notas) ou moedas metálicas não se confunde com o valor subjetivo, nem com o poder de compra (associada à função

de bem intermediário de troca). Breve retrospecto da experiência brasileira prova que, muitas vezes, ao não preservar o poder de compra da moeda nacional, esta deixava de servir como unidade de conta ou reserva de valor. Muitas vezes, escolhia-se como unidade de conta alguma moeda estrangeira. O sistema de correção monetária ou indexação visava a pôr fim a esses expedientes privados, propondo-se a preservar a função unidade de conta da moeda, embora a de reserva de valor ficasse em segundo plano. Mais, o valor nominal da moeda não exclui a possibilidade de que tenha valor subjetivo.

Moeda é, portanto, o mais líquido dos bens em qualquer economia. Nem metais preciosos são líquidos como a moeda. Apenas quando há certeza de que o metal será convertido em determinada quantidade de moeda, ou ainda quando a própria moeda seja cunhada em metal precioso, indiferente será manter o metal ou a moeda como reserva. A partir da dissociação entre moeda circulante e lastro físico (metal precioso), com a criação da moeda fiduciária, é que se pode voltar a pensar em diversificar as poupanças recorrendo a metais preciosos como reserva de valor.

A emergência do *bitcoin* - termo que associa *bit*, utilizado na eletrônica, medida virtual, e *coin*, que significa moeda metálica - novamente confirma Milton Friedman. Trata-se de uma moeda virtual, sem existência física. Será moeda? Seguramente, não tem curso forçado, não é *legal tender*, mas tem poder liberatório entre partes que o aceitam, serve como bem intermediário de troca e, à medida que seja adquirida e guardada, parece que teria, ao menos de forma incipiente, função de reserva de valor.

Sabe-se que a falta de moeda de curso forçado em certas áreas ou comunidades leva à criação de instrumentos que sirvam como bens intermediários de troca. Para tais populações são o equivalente à moeda geral. Ou seja, a criação de moeda, monopólio do Estado, autoridade monetária, só existe sobre a de curso forçado, a que não pode ser recusada, mas não elimina o exercício da autonomia privada na criação de instrumentos que perfaçam a função de bem intermediário de troca.

O *bitcoin* se assemelha, para fins de classificação, à moeda estrangeira que Tulio Ascarelli classificara como mercadoria. Seu poder liberatório decorre de pacto entre contratantes, fruto da autonomia privada. Retomando Ascarelli, se essa moeda virtual é mercadoria, se circula, cria-se um mercado que opera paralelamente ao mercado regular de moedas estrangeiras.

Por circular sem supervisão de qualquer autoridade monetária, por não haver garantia de conversibilidade em outra moeda, inexistir lastro (moedas de curso forçado, ou metais preciosos), esse mercado pode levar a desastres financeiros. Não há como garantir limites de criação dessa mercadoria, portanto, de paridade dessa “moeda” com qualquer outro bem. Falta-lhe a liquidez típica das moedas de curso forçado. E, nada obstante esses problemas, a criação dessa moeda virtual, expressão do exercício da autonomia privada, não viola norma jurídica cogente como já se observou atrás.

Se as pessoas, livremente, ajustam entre si que determinado bem tem poder liberatório, serve para liquidar obrigações, embora de circulação restrita, pode-se pensar em riscos que cada uma das partes aceita e assume. Os riscos são alocados pelo contrato. Se, porém, quando a circulação se expande, a falta de controle ou fiscalização pode facilitar o aumento exponencial dos riscos até que se atinja o limite da incerteza.

Sabe-se que as ações da autoridade monetária impactam as funções da moeda, mas supõe-se que a responsabilidade sirva de freio para evitar descalabros. Todavia, lembra-se de que, no período da República de Weimar, na Alemanha, o marco alemão foi destruído em decorrência da emissão de moeda visando a financiar, ilimitadamente, *déficits* orçamentários associados ao aumento da oferta de crédito.

Diferente a decisão da autoridade monetária norte-americana (Federal Reserve Bank), em virtude da crise do mercado financeiro de 2008, diante do temor de quebra do sistema, que elevou a quantidade de moeda existente adquirindo títulos, ou ativos desvalorizados das carteiras de instituições bancárias, adotando a política

do *Quantitative Easing*, mas deixando claro que, futuramente, esse excesso de moeda seria enxugado mediante a revenda dos papéis e a elevação da taxa de juros.

A autoridade monetária deve se preocupar não apenas com as funções da moeda, mas, também, com preservar empregos naquele país. Essa dualidade parece dar lugar a conflitos cuja solução tenderá a privilegiar o primeiro escopo, tarefa essa facilitada quando não se exige lastro, metais preciosos, por exemplo, como garantia do valor da moeda.

De notar que, quando moedas não cumprem alguma das suas funções - o que, para certos estudiosos, pode ocorrer, por conta da aceitação da moeda fiduciária sem lastro físico e, portanto, sem limite claro para a quantidade que pode ser emitida (criada) -, surgem consequências, entre as quais a perda de confiança na função unidade de conta e/ou reserva de valor.

Em suma, a moeda de curso forçado é um bem que combina circulação física, papel moeda, com circulação virtual ou imaterial. As moedas como o *bitcoin* são bens virtuais e privados, que, aceitas como bem intermediário de troca, uma das funções da moeda, não têm curso forçado, mas, ajustada sua circulação por alguns agentes econômicos, terão, entre eles, poder liberatório.

Seria, por hipótese, moeda fiduciária, que serve de meio de pagamento convencional aceito e reconhecido por alguns, dessa forma, adquirindo, ao menos entre eles, poder liberatório. Ao definir um mercado paralelo, sempre que o bem moeda se tornar escasso, ou se houver restrições à sua transferência ou conversibilidade, a engenhosidade dos agentes econômicos que buscam satisfazer necessidades, próprias ou de terceiros, modela estruturas negociais, num processo de engenharia inventiva, combinando negócios jurídicos para chegar ao resultado desejado e, dessa forma, fugir de restrições ou controles estatais. E não nos referimos ao negócio indireto de Ascarelli (1957), nada obstante isto seja uma forma de atingir metas.

É o que explicava Milton Friedman ao discutir a Teoria Quantitativa da Moeda nos anos 50 do século passado, quando equiparava a demanda por moeda àquela por serviços, ou seja, entendia que a moeda é um bem, ou, na designação dos economistas, uma *commodity*, um ativo, fator de produção ou bem de capital não humano.

Friedman (1973), ao redefinir o escopo da Teoria Quantitativa da Moeda, equiparando-a a uma teoria da demanda por moeda, dá, novamente, lugar de destaque à moeda no arcabouço teórico da política econômica. O autor afirma que é uma *commodity*, um ativo econômico com características especiais, as mesmas conhecidas de longo tempo na história do desenvolvimento da moeda. Embora distante da discussão quanto à natureza jurídica da moeda, Friedman reconhece que liquidez e poder liberatório são características ínsitas a este ativo. Certamente, o mesmo não os reconheceria como presentes no *bitcoin*.

Se, por um lado, o *bitcoin* é expressão da autonomia privada e não viola norma jurídica cogente, o mesmo não pode ser afirmado do ponto de vista econômico. De acordo com Ponsford (2015), o *bitcoin* é uma *cryptocurrency*. Não é da mesma natureza do PayPal ou de moedas opacas que, denominadas em moedas nacionais, são moedas eletrônicas.

As *cryptocurrencies* não são denominadas em nenhuma moeda fiduciária com poder liberatório e as operações em que são utilizadas nunca são validadas ou supervisionadas por uma terceira parte. O *bitcoin* é o tipo mais comum de *cryptocurrency* e o que desperta as maiores preocupações.

Embora sejam avaliadas pelas quantidades e qualidades ofertadas no mercado virtual, as expressões de seus valores são dadas em moeda corrente de curso forçado, legal, principalmente os dólares norte-americanos. Portanto, essas moedas virtuais são expressas por preços, cuja unidade de conta reporta-se a uma moeda nacional corrente conhecida. Dessa forma, pode-se falar em risco e flutuações voláteis dos respectivos preços. Logo, as transações com *bitcoins* envolvem ganhos e perdas.

O *bitcoin*, *cryptocurrency*, não é dotado, ainda, de uma das funções básicas de qualquer moeda fiduciária: a capacidade de expressar uma unidade de conta. Ao serem escrituradas recorre-se a outra moeda de curso forçado. Além disso, em sendo altamente volátil, as decisões individuais em deter moeda envolvem os riscos acima apontados.

Keynes (1964) ressalta que, em troca da elevada e pronta liquidez, a moeda deve proporcionar um baixo custo de carregamento¹² e probabilidade nula ou desprezível de retornos¹³. Se variações frequentes e elevadas nos respectivos preços ocorrem, há sujeição desse ativo a riscos elevados de seus retornos, outro desvio de função do papel econômico de um ativo qualquer enquanto moeda.

Cabe, ainda, observar que, por ser um arranjo em que a circulação do *bitcoin* não passa por supervisão nem pelo crivo de uma instituição reguladora garantidora dos limites à sua criação, as chances de desastres financeiros são reais. Existe, porém, nesse mercado virtual, um elemento diferenciador desse bem em relação ao que se verifica ao longo da história da moeda. Trata-se da velocidade e da maneira pela qual a informação acerca da emissão e circulação do *bitcoin* se dá.

Sem dúvida, em sendo um mercado virtual suportado por códigos em *open sources* e operações registradas na *blockchain*, a produção e a velocidade de circulação da informação são diferenciadas. A probabilidade de desastres financeiros existe, mas pode-se perceber reduções de assimetrias que diferenciam o comportamento nesse mercado. Abre-se, assim, uma porta para mais pesquisas na área e compreensão do porquê, talvez, esse tipo de moeda virtual possa ter vindo para ficar.

12 Custo incorrido pela maioria dos ativos econômicos, exceto a moeda, proveniente do gasto ou depreciação pelo seu uso ou mesmo resultante de sua exposição ao longo do tempo. Denominado pelo autor *carrying cost*. (Keynes (1964), p. 225).

13 Se as probabilidades de retornos positivos ou negativos são nulas ou desprezíveis, o risco em deter moeda é muito pequeno ou próximo de valores também desprezíveis. Por certo, a elevada liquidez compensa os dois fatores outros que determinam a taxa de retorno esperada de um ativo na visão keynesiana.

Finalmente, se a disciplina legal ¹⁴ abrir espaço à hipótese de emissão de *cryptocurrencies* pelos bancos centrais, atribuindo *status* de curso forçado às mesmas, a discussão desloca-se para plano distinto, pois possíveis abusos, desequilíbrios e desvio de função nas emissões das mesmas podem se configurar, a exemplo do que a história monetária e financeira moderna nos ensina.

Além disso, a permitir, ainda, essa disciplina legal a eventualidade da convivência de um arranjo privado ¹⁵ de emissão da moeda virtual, o espaço para novas discussões alarga-se sobremaneira. A sobreposição de assimetrias de informação e de custos de agência são duas das consequências mais relevantes desse modelo legal.

4. CONCLUSÕES

Partindo de modelo econômico em que a moeda assume as funções clássicas de reserva de valor, unidade de conta e bem intermediário de troca, chega-se ao conceito de moeda fiduciária com poder liberatório, isto é, um ativo de natureza jurídica bem definida, ao qual o Estado atribui curso forçado, não se podendo recusá-la como meio de pagamento, meio para solução de obrigações.

Do ponto de vista econômico, a qualidade da moeda, enquanto bem que desempenha papel de equivalente geral na economia, a confiança foi essencial ao longo de tempo, estabelecendo a extensão da aceitação da moeda para suas funções. A estabilidade de preços é, indiretamente, outro aspecto relevante, pois é determinante da qualidade do papel moeda, identificada com a experiência norte americana. Por fim, em tendo poder liberatório por força de norma jurídica cogente, adquire a moeda papel e funções indissociáveis no mundo contemporâneo.

14 Urbinati et al (2021).

15 Hayek (2011).

Persistem, no entanto, problemas de natureza econômica no modelo monetário da moeda fiduciária com poder liberatório. O curso forçado e os arranjos sobre os quais o modelo monetário se assentou no tempo para garantir sua credibilidade não foram suficientes para eliminar dois problemas inerentes aos mercados: a assimetria de informação e o custo de agência.

A qualidade da moeda, medida pela eficiência e força com que cumpre suas funções clássicas produz uma assimetria de informação no que se refere à capacidade da moeda em ser confiável e estabilizar o sistema de preços. O custo de agência decorre do curso forçado que possibilita às autoridades monetárias, no interesse do Tesouro, não administrar a oferta de moeda no melhor interesse dos agentes econômicos. Mesmo que se justifique o resultado pela supremacia do interesse público, a existência desse tipo de distorção, garantida pelo curso forçado da moeda fiduciária, é fato.

Se o *bitcoin* é expressão da autonomia privada e não viola norma jurídica, o mesmo não pode ser pacificamente afirmado do ponto de vista econômico. Embora sejam avaliadas pelas quantidades e qualidades ofertadas no mercado virtual, a demanda ou a especulação que se constata em face dos *bitcoins*, são apreçadas em alguma moeda corrente, de regra dólares norte-americanos, logo, expressas por preços cuja unidade de conta reporta-se a uma moeda corrente conhecida. A volatilidade dos *bitcoins* envolve ganhos e perdas, portanto, facilita a especulação ou arbitragem, isso porque o *bitcoin* não é dotado de uma das funções usuais de qualquer moeda fiduciária, a aptidão para ser unidade de conta. Não cumprindo duas das funções clássicas da moeda, unidade de conta e reserva de valor, sem dúvida, como meio de troca facilita "permutas".

Assim, pode-se concluir que o *bitcoin* não é moeda, por não preencher todas as funções desse bem, mas meio de troca, cuja função primordial é evitar custos de transação. Servindo como meio de troca, visando a reduzir custos de intermediação, estaria o *bitcoin* nos remetendo a uma nova era de escambos? Ou pode ser considerado um bem que facilita operações nem sempre lícitas por alguns agentes econômicos? O certo é que não se presta como

reserva de valor, o que tem sido defendido por alguns, pois, dada a extrema volatilidade, o risco de perda é relevante.

Todavia, eventuais moedas digitais (CBDC) emitidas por bancos centrais, poderão substituir, ainda que parcialmente, as atuais moedas físicas em circulação assumindo as mesmas funções. Contudo, se a disciplina legal abrir espaço à hipótese de emissão de *cryptocurrencies* pelos bancos centrais, atribuindo-lhes *status* de curso forçado, e permitir a eventual convivência de um arranjo privado de emissão da moeda virtual, sobreposições de assimetrias de informação e de custos de agência são outros obstáculos inevitáveis.

A decisão dos bancos centrais é um caminho sem volta na emissão da moeda digital, contudo, questões relevantes ainda estão por emergir, desafiando as autoridades monetárias e os mercados. Logo, conceder carta branca aos bancos centrais é, certamente, uma estratégia muito arriscada. Deve-se observar os resultados e o regimento das economias da China e Suécia, as mais avançadas nessa iniciativa, seguindo, de perto, um arcabouço legal legitimador das alternativas monetárias eletrônicas disponibilizadas ao público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, George A. The market for "lemons": quality, uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84(3) p. 488-500, 1970.

ASCARELLI, Tulio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milão: A. Giuffrè, 1957.

EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB). *Report on a digital euro*. ECB: Frankfurt am Main, 2020.

FRIEDMAN, Milton. *Studies in the quantity theory of money*. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

GALBRAITH, John Kenneth. *Moeda: de onde veio, para onde foi*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1997.

GIAGLIS, George et al. Central bank digital currencies and a euro for the future. *European Union Blockchain Observatory and Forum Thematic Report*, 2021. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3891861 >. Acesso em: 10/09/2021.

HAMILTON, Earl. American treasure and the price revolution in Spain, 1501-1650. *Harvard Economic Studies*, 43. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1934.

_____. American treasure and the rise of capitalism (1500-1700). *Economica*, n. 27, p. 338-357, 1929.

HAYEK, Friedrich August. *Desestatização do Dinheiro: Uma análise da Teoria e Prática das Moedas Simultâneas*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2011.

KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment, interest, and money*. 1. ed. New York: HBJ Book, 1964.

MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, Livro I.

MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

NORTH, Douglass C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5(1), p. 97-112, 1991.

PONSFORD, Matthew. A comparative analysis of bitcoin and other decentralized virtual currencies: legal regulation in the People's Republic of China, Canada and the United States, 2105. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2554186>. Acesso em: 10/01/2015.

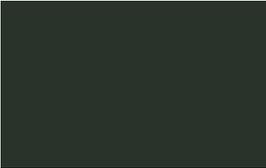
RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Indianapolis: Liberty Classics, 1981.

URBINATI, E., BELSITO, A., CANI, D., CAPORINI, A., CAPOTOSTO, M., FOLINO, S., GALANO, G., GORETTI, G., MARCELLI, G., TIBERI, P., VITA, A. A digital euro: a contribution to the discussion on technical design choices. Roma: Banca D'Italia, 2021.

VINCENT, James. What is bitcoin? A quick guide to the virtual currency, how it works, and the possible future, 2014. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/what-is-bitcoin-a-quick-guide-to-the-virtual-currency-how-it-works-and-its-possible-future-9274495.html>>. Acesso em: 10/09/2021.

WILKINS, Carolyn. Money in a digital world. Disponível em: <<http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=904419>>. Acesso em: 10/09/2021.



TATYANNE MARIA LINS DE ARAUJO

É mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Atua como advogada.

TATYANNE MARIA LINS

HIGIDEZ DEMOCRÁTICA EM FACE DA POLARIZAÇÃO POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO BRASILEIRO

RESUMO

O presente artigo busca analisar as consequências que uma polarização política pode ocasionar a uma democracia. Observando o cenário político brasileiro atual, que se encontra marcado por extremos e ideologias que se demonstram acima da própria ordem democrática, é possível analisar os diversos desdobramentos do que pode levar a uma polarização, como o entendimento do que, de fato, significa democracia e se seu conceito se resumiria apenas à ideia de maioria, os limites que toda e qualquer ideologia política e democrática deve respeitar, bem como os riscos desse fenômeno, que tem como principal ponto a restrição do pensamento político e que vislumbra os que pensam de maneira diversa como inimigos, excluindo o consenso ideológico de uma nação plural. Sendo assim, esse estudo visa despertar o pensamento e o estudo dessa temática evidenciada na realidade brasileira com o intuito de fomentar a compreensão do assunto com base nos ditames constitucionais e democráticos.

PALAVRAS-CHAVE

Democracia; Polarização política; Populismo; Pluralismo político.

INTRODUÇÃO

Manter o equilíbrio democrático de um Estado não é tarefa fácil, muitos são os pilares que devem ser preservados simultaneamente para sustentar uma democracia, e um deles é a existência de grupos com pensamentos ideológicos distintos, para que, assim, expressem os anseios de uma sociedade plural.

Mais do que o pensamento da maioria, deve-se pensar no respeito dos direitos de todos e, ainda que existam divergências de pensamento entre grupos políticos, direitos fundamentais devem ser necessariamente tutelados sem distinção de ideologia - tanto é que a ideia do pluralismo político, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu primeiro artigo, como fundamento da República, busca isto, a garantia da liberdade de pensamento, de escolha e a compreensão da importância da pluralidade ideológica, a fim de se alcançar todos os cidadãos no trilhar da dignidade humana.

O atual cenário político e ideológico brasileiro é marcado por uma perigosa polarização entre lados opostos que não vislumbram um consenso em benefício da sociedade e que atraem extremismo, violência e intolerância. Os riscos de uma sociedade polarizada são inúmeros e nocivos. Não existe consenso, e sim uma guerra ideológica, que, se for preciso, é capaz de ultrapassar os limites legais e até da própria verdade na imposição de seus posicionamentos. Nessa guerra, não existe vencedor. O pensamento fechado de grupos, preso num labirinto de ideologias, foge do conceito de democracia, pluralidade e bem comum.

Compreender os efeitos de uma polarização política para a democracia se faz essencial diante da nocividade do avanço desse fenômeno, que é marcado pela falta de consenso entre o povo de um Estado e ganha destaque no atual cenário brasileiro.

1. PLURALISMO POLÍTICO

Direito e política são temas que possuem uma relação direta. Mesmo tendo conceitos distintos, é fato que, em algum momento, essas duas searas se cruzam. Barroso ¹ pontua preceitos dessa distinção quando diz que, “Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*theruleoflaw*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”. A nossa Carta Magna de 1988 aborda temas políticos em diversos capítulos e pontos, até porque, dos três Poderes que sustentam o pêndulo democrático, dois possuem membros eleitos pelo voto popular, que são o Executivo e o Legislativo. Apenas o Poder Judiciário tem uma forma diversa para ingresso na carreira.

No primeiro artigo da CRFB/88 ², já se pode identificar o pluralismo político como um fundamento da República. E o que se deve entender por pluralismo político? É salutar mencionar que não se deve confundir esse conceito com o que se entende por multipartidarismo ou pluripartidarismo, esses tratam da existência de vários partidos, com o conceito mais restrito, e o pluralismo político vai além dessa ideia: trata da tolerância que se deve ter diante de pensamentos diversos numa democracia. Se estamos diante de uma sociedade plural, com crenças e visões diversas, o pluralismo político abarca todas essas ideias, desde que seja respeitado o parâmetro basilar de respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

1 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 439.

2 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

Sendo assim, opiniões políticas de vários grupos podem existir e convergir, porque isso faz parte do jogo democrático, mas é dever de todos respeitar a Constituição e os direitos e as garantias fundamentais, sem esquecer as minorias.

A não observância a esse fundamento implica sérios riscos à democracia. A intolerância diante da liberdade de pensamento do outro pode gerar, por exemplo, a existência de regimes totalitários. Nesse sentido, Teixeira ³ pontua que

[...] o reconhecimento do outro, nem sempre ocorre de maneira pacífica. Assim, o ambiente torna-se propício para o desenvolvimento da intolerância e dos fundamentalismos, pavimentando a estrada para as experiências autoritárias.

Além da previsão expressa do preceito, o que rechaça ainda mais a sua relevância, é possível identificar outras previsões e outros mecanismos de garantia do pluralismo, como a liberdade de expressão e a proibição de censura, que têm previsão no artigo 5º, IX da CRFB/88 ⁴. Sendo assim, o indivíduo é livre para manifestar seus pensamentos e suas convicções, desde que o exercício desse direito não colida com outros direitos fundamentais, e é prescindível a autorização estatal para o exercício desse direito. Em tempos de ditadura, os cidadãos se depararam com a situação da censura, em que todas as opiniões passavam por um aval estatal e que, se fosse de encontro ao que determinado grupo político pensasse, poderiam ser consideradas crime, como uma forma de impedimento ao pluralismo político. Segundo Mendes e Branco ⁵,

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação inibitória realizada pelos Poderes Públicos, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a cen-

3 TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pluralismo político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo versus Republicanismo. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3919/1/arquivo5164_1.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2021. p. 59.

4 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 269.

sura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. O STF decidiu que tampouco o indivíduo pode cercear a liberdade de expressão de outrem, por meio de exigência da sua concordância prévia para que terceira exerça a liberdade de informar e ser informado.

Uma das características dos direitos fundamentais é não serem absolutos. Os direitos e princípios devem coexistir harmonicamente; diante de um choque entre eles, faz-se uso da técnica de ponderação, a fim de compreender qual prevalecerá no caso concreto. Sobre a liberdade de expressão, ela “não abrange a violência”⁶, sendo assim, não se pode legitimar ilegalidades com a justificativa de que se tratam apenas do exercício de liberdade de expressão. Existem limites visando garantir a proteção de outros direitos. Discursos de ódio e ofensas extrapolam os limites da manifestação do pensamento sadia ao Estado democrático e da diversidade de opinião em sociedade, tornando-se uma situação desprotegida por lei e, por vezes, considerada crime. Desse modo, assevera Mendes e Branco⁷ que

[...] o discurso de ódio, entre nós, não é tolerado. O STF assentou que incitar a discriminação racial, por meio de ideias antissemitas, ‘que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu’ constitui crime, e não conduta amparada pela liberdade de expressão, já que nesta não se inclui a promoção do racismo. Devem prevalecer, ensinou o STF, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. A incitação do ódio público não está protegida pela garantia da liberdade de expressão.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 268

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. - 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 279.

Quanto a esse ponto do pluralismo político, cabe considerar que ele deve existir da maneira adequada e ser defendido pela sociedade, motivado pela vitalidade da democracia. De acordo com Peter Häberle, citado por Sarlet et al ⁸, “a democracia é a garantia organizacional e política da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, ao passo que essa assume condição de premissa e pressuposto antropológico do Estado Democrático de Direito”.

É por meio das diferenças ideológicas que compreendemos os nossos direitos e os dos outros cidadãos, e a tolerância deve ser a máxima a ser aplicada. Ainda que existam grupos políticos com ideias divergentes e isso se faz necessário na garantia da diversidade, até porque não se busca na seara política agentes que atuem como “tecnocratas” ⁹, mas sim agentes políticos reais, que têm em si o ideal de representatividade do cidadão, e se mostra, nesse sentido, também, a grande diferença daqueles que atuam no Poder Judiciário para aqueles que exercem mandato político à frente dos Poderes Legislativo e Executivo, deve-se reconhecer e defender a atuação de cada Poder como de fato deve ser, tendo como base de todos o respeito à Constituição. Além disso, se faz indispensável ter a habilidade de buscar um consenso, visando ao bem social e aos ideais democráticos e constitucionais.

2. DEMOCRACIA E VONTADE DA MAIORIA

Mais uma indagação é feita ao leitor: democracia é pura e simplesmente a prevalência da vontade da maioria? É um questionamento que merece ser pensado. A participação do cidadão por meio do exercício do voto é um direito político e ato democrático, configurando a chamada democracia representativa, com previsão

8 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista. apud. SARLET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva 2017. p. 703.

9 VOßKUHLE, Andreas. Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 25.

constitucional no artigo 14 da Carta Magna, e mais: o “voto direto, secreto, universal e periódico” é, também, uma cláusula pétrea, plasmada no artigo 60, §4º, II da CRFB/88¹⁰. Ademais, no próprio artigo 14 da CRFB/88¹¹, é possível vislumbrar outras formas de exercício da democracia, que são exemplos do que se chama de democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, situações em que há uma participação direta do cidadão, diferentemente da modalidade representativa, na qual a democracia é exercida indiretamente por meio de representantes eleitos.

Há, ainda, mais uma classificação de democracia feita por Bobbio¹², que entende que o conceito de democracia já pode ser compreendido de maneira mais ampla. Ele também classifica democracia em democracia política e democracia social. E, na compreensão do que seria cada um desses conceitos, ele explica que

Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.

Portanto, na compreensão da importância de se entender o que seria democracia social, compreende-se que a sociedade que se organiza democraticamente terá uma democracia política também, pois a política é reflexo da conduta social e dificilmente existirá uma democracia política se não houver uma democracia social.

Sendo assim, vislumbra-se que o conceito de democracia não se resume apenas ao ato de votar. O voto é uma das formas de concretização da democracia, mas não se limita exclusivamente a isso, assim como o

10 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

11 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

12 BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político. 23ª ed. - Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020. p. 203 - 204.

fato isolado de uma maioria vencer uma eleição não garante a plenitude da democracia. Sim, o voto da maioria, atingindo-se os percentuais estabelecidos em lei, legitima o mandato de um representante do povo, porém outros fatores no decorrer do exercício desse mandato podem torná-lo antidemocrático.

Para Kelsen ¹³, definir democracia exclusivamente com o fundamento da vontade da maioria seria estabelecer um “caráter puramente mecânico” e, além disso, reconheceria que aqueles que se expressarem com o uso da força estariam acima do direito, o que não é característica de um Estado Democrático. A própria base de uma democracia é a pluralidade, a defesa de direitos, o consenso, o respeito às regras estabelecidas democraticamente. Contrário a isso, temos a autocracia, que tem como uma de suas principais características a tomada do poder com o uso da força, em sua maioria.

Situação que deslegitima um governo, ainda que democraticamente eleito e que perdure com o apoio da maioria, é a inobservância dos direitos fundamentais das minorias - como, por exemplo, não é porque a maioria da população brasileira não é indígena que, por isso, se poderia retirar direitos fundamentais daqueles que são indígenas, apenas porque a maioria não é. Aquele que está fora dos padrões da maioria não pode ser visto como inimigo de um grupo político dominante, todos devem ter seus direitos respeitados, independentemente de qual ideologia política esteja no poder. As divergências ideológicas não podem ultrapassar a área de proteção constitucional e humana. Há um mínimo a ser respeitado.

Como bem adverte Abboud ¹⁴, o nazismo retratou uma situação em que direitos humanos foram deixados de lado em nome de uma ideologia política, na qual aquele que pensasse diferente de quem detinha o poder era visto como um inimigo, como assevera a seguir:

13 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

14 ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 183-184.

No esquema nazista, o inimigo não era apenas o indivíduo não alemão ou a ameaça política externa. Deve ser tratado como inimigo todo aquele que se oponha aos desígnios da vontade homogênea do povo.

[...]

Assim, em uma democracia, as decisões que afetarão o todo devem ser tomadas por uma dada coletividade, segundo o princípio majoritário: o que a maioria decidir, valerá. Observando, claro, a necessidade de uma dimensão contramajoritária protetiva de minorias e direitos fundamentais a ser exercida pela jurisdição constitucional.

Nessa perspectiva, em mais uma obra, Abboud reforça que o conceito atual de democracia não pode ser definido de forma simples como o governo do povo, pois se trata de definição limitada, e o que se entende por democracia não deve se resumir a isso. Afirma, ainda, que o motivo é que “a maioria degenera”¹⁵.

Portanto, a vontade da maioria tem valor significativo para uma democracia, mas só perdurará se forem respeitados os direitos fundamentais de todos, não se esquecendo de grupos minoritários e vulneráveis, assim como dos limites constitucionais de atuação no poder. Do contrário, o sentido de democracia será desvirtuado para uma autocracia com apoio momentâneo da maioria popular.

15 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. - 5. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1403.

3. RISCOS DA POLARIZAÇÃO À HIGIEDEZ DEMOCRÁTICA E O ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO

A polarização política é marcada pelo extremismo, não existem meio termo e consenso ideológico. Aquele que se fecha a uma única ideologia e não abre espaço para conhecer outros pensamentos e compreender a visão de outros cidadãos, principalmente aqueles que vivem uma realidade distinta, viverá numa bolha e irá absolver tudo que seu mentor indicar, sem sequer se dar ao trabalho de pensar sobre o assunto, apenas o reproduzindo.

Essa situação se distancia totalmente do fundamento do pluralismo político exaltado constitucionalmente e alimenta o sentimento de intolerância e discurso de ódio entre os que pensam de forma diversa, dando ensejo a governos de viés autoritário. Não importa se sejam de direita ou esquerda, fechar o círculo político a uma polarização não é saudável a nenhuma democracia. Em seu estudo sobre democracia, Abboud ¹⁶ trata da polarização e afirma que “Uma sociedade polarizada é solo fértil para a ascensão da política autoritária, que desconhece os limites da tolerância mútua, essencial à manutenção de qualquer democracia”.

Os dados demonstram o quanto o sentimento de intolerância política e a polarização cresceram nos últimos anos no Brasil. Segundo matéria divulgada ¹⁷, o Brasil ultrapassou 27 países em níveis de polarização, dado inédito e que não deve ser comemorado. A matéria ressalta que, mais do que um dado, é possível notar esse fenômeno em nosso cotidiano, no qual as pessoas se apresentam inflexíveis às diferenças, afetando relações pessoais, familiares e profissionais.

Outro fator exponencial é o que se chama atualmente de *fake news*, termo de língua inglesa já popularmente conhecido que indica a ideia de notícias falsas. Aliada às *fake news*, a era digital se torna

¹⁶ ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 185.

¹⁷ Polarização política no Brasil supera mais de 27 países. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/04/14/radicalismo-politico-no-brasil-supera-media-global.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

palco e fator de propagação potencial de notícias falsas, que, muitas vezes, são propagadas com má-fé, com cunho político, visando prejudicar o lado opositor. É dever do cidadão checar a veracidade das informações que recebe, mas poucos são os que, de fato, agem assim, até porque, quando se trata de algo, ainda que falso, que coadune com a sua ideologia, o receptor de uma informação inverídica prefere crer no que está posto. Há uma grande dificuldade no combate a esse tipo de informação, tendo em vista os males causados, que alcançam o grande público e se tornam irreversíveis.

Além disso, a própria engrenagem do universo virtual, que busca o engajamento e prender a atenção do internauta, compadece com esse ciclo de informações, tendo em vista que, quanto mais se mostra interesse por determinado tipo de conteúdo, mais esse conteúdo será direcionado, transformando esse meio de interação social em uma bolha restrita a apenas um pensamento e que dá a impressão de que se trata de um pensamento unânime, já que, a todo tempo, notícias no mesmo viés são enfatizadas. É o que ressalta Souza Neto¹⁸ quando diz que

[...] a 'ciberdemocracia' tem dado lugar à formação de 'bolhas de identidade': 'câmaras de eco' que abrigam interações restritas a pessoas que compartilham dos mesmos valores, interesses específicos ou visões de mundo. Ao invés de buscar construir consensos, por meio da formulação de mensagens moderadas, dirigidas ao centro de espectro político, as campanhas eleitorais tendem a elaborar discursos radicalizados e fragmentários, específicos para cada segmento ativo na internet. O resultado do pleito não é a aprovação de um programa consensual: é um pastiche, integrado por retalhos de ideologias diversas, e até dissonantes.

A nova era do mundo da internet não irá retroceder, ao contrário, o acesso à internet já é considerado por doutrinadores como um direito fundamental, e, diante de tantos benefícios que o mundo di-

18 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. - São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p.33.

gital pode proporcionar, não se pode olvidar do lado negativo que existe se não houver cuidados. Nesse sentido, lembra Abboud¹⁹ que “As democracias não podem ficar paralisadas perante ataques das *fakenews*. O mérito da atividade política é hoje ter a capacidade de enfrentar a diversidade de opiniões e interesses e, a partir disso, construir uma imagem coerente da realidade”.

Assim, além de se buscar garantir a existência de debates conscientes sobre ideologias distintas, com o pluralismo político, não se pode permitir que *fake news* sejam utilizadas como armas na guerra digital, ainda mais quando estamos diante de cidadãos desinteressados na coerência democrática. Nesse sentido, vale lembrar que este também é o papel do povo: não basta votar, deve-se participar de todos os estágios democráticos e lutar pelos ditames constitucionais, a fim de impedir que instrumentos nocivos ao Estado Democrático se propaguem. “*Fakenews* são, antes de tudo, armas de extremistas de diversos matizes ideológicos”²⁰

Na seara da polarização, outro fator em evidência é o populismo. Figuras políticas são idolatradas e vistas como heróis. As pessoas têm, em sua natureza, o sentimento de depositar em alguém as expectativas de que aquela pessoa será o salvador da pátria. Induzidos por esse anseio social, líderes políticos também se beneficiam, proferindo promessas populistas. Ou seja, aquele que almeja estar à frente de um cargo político fala o que o povo “doente” quer ouvir, como se aquilo fosse o remédio para sanar a “doença”.

Corroboramos o posicionamento de Andreas Voßkuhle²¹, quando compreende que o populismo pode abraçar inúmeras ideologias. Ele não é uma característica de esquerda ou direita, mas se trata de um tipo de “estratégia para fins de conquista e preservação da dominação política”. Para os que adotam esse tipo de estratégia, existiria apenas uma verdade, um caminho certo a ser seguido, a que não

19 ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 227.

20 ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 242.

21 VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 28.

cabe um meio termo ou consenso - como um caminho certo e outro errado, e o deles seria o certo. Enxergam opositores como inimigos da democracia, fazendo uso de argumentos justificados na democracia ao mesmo tempo em que desrespeitam as regras do jogo democrático e a própria Constituição. Mascaram interesses antidemocráticos com argumentos de que assim o fazem em favor da democracia.²² Uma série de posicionamentos, no mínimo, contraditórios.

O Brasil teve em sua história algumas Cartas Magnas, sendo marcado também por períodos de instabilidade democrática, a exemplo do longo e duro período ditatorial. O atual sistema de governo adotado pela jovem CRFB/88 é o presidencialismo, e a maneira como a condução desse sistema vem sendo feita é batizada por Sérgio Abranches²³ de “presidencialismo de coalizão”, compreendendo que, diante de um país caracterizado pela diversidade social, regional e cultural, o presidente faz uso da coalizão para habilidosamente conduzir, da melhor forma, o exercício de sua função. Nesse sentido, Abranches²⁴ explica como seria o “presidencialismo de coalizão”:

O presidente é, ao mesmo tempo, meio de campo e atacante. Ele precisa organizar as jogadas, a partir do meio de campo. Isso no jogo político, significa organizar a coalizão majoritária pelo centro para poder governar. Ele forma e articula a coalizão. Mas uma vez obtido esse apoio político, precisa manter a ofensiva e mostrar quem é o capitão do time. Comando e iniciativa. Isso é coisa de presidente. É o que requer o presidencialismo. Ao mesmo tempo, precisa ter flexibilidade e habilidade para negociar com o Congresso, encontrar o ponto de entendimento comum em cada matéria. Coisa de político. É o que requer a coalizão.

22 VOßKUHLE, Andreas. *Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo*. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 55.

23 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro - 1ª ed.* – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

24 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro - 1ª ed.* – São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 14.

O fato é que não se pode atribuir a corrupção a esse presidencialismo de coalizão. A corrupção sistematizada não pode e não deve ser compreendida por essa ideia de presidencialismo, mas sim entender que corrupção e um Estado clientelista são vícios. As coalizões idealizadas devem ser feitas de forma legítima em benefício da sociedade e com base nos ditames constitucionais, não em benefício particular daquelas que estão no poder.²⁵

Os últimos anos da democracia brasileira vêm sendo evidenciados por diversos acontecimentos relevantes, marcados por escândalos de corrupção e seus desdobramentos. A partir do ano de 2014, mais especificamente, uma crise política se instalou e foi o ponto de partida para a atual vulnerabilidade democrática que vivemos. Descrença social em todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). De um lado, uma sociedade descrente em seus agentes políticos eleitos democraticamente, de outro, um Judiciário de atuação mais arrojada e que, por vezes, não sabe reconhecer os limites de sua atuação, gerando o que Vilhena ²⁶ denomina de “supremocracia”, que é justamente uma decorrência da desconfiança na política, o que ocasiona uma “hiperconstitucionalização da vida brasileira”. Nela, todas as questões, ao final, seriam levadas à seara jurídica, muitas vezes, inclusive, pelos próprios atores políticos, que, diante de uma falta de consenso na política, buscam o Judiciário para se chegar a uma compreensão final da questão. Não raras vezes, as ações com temas mais polêmicos têm como autores os partidos políticos.

No meio desse embate de ideologias e descrenças, surgem grupos extremistas que, além de atacarem aqueles que possuem uma ideologia diversa, também passam a atacar as instituições democráticas e a própria Constituição, um solo fértil para a polarização instalada hoje.

Foi possível ver esse cenário evidenciado na eleição presidencial de 2018. Utilizando-se da revolta social e dos escândalos na justiça, o grupo político de extrema direita se posicionou em defesa do

25 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro* - 1º ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 9.

26 VILHENA, Oscar. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. - 1º ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 162.

combate à corrupção, fazendo-o de forma meramente eleitoral. Sem dúvidas, corrupção é e sempre será um grande mal a qualquer democracia, mas, hoje, vemos que a ascensão de quem pregou isso foi suficiente para se garantir uma maioria momentânea nas eleições. No entanto, discursos por si só não governam um país. Não se pode resolver a corrupção com violência, seja ela física ou por meio de discursos de ódio. Souza Neto ²⁷ explana que “Um dos aspectos mais graves do bolsonarismo é a tentativa de criminalizar os movimentos sociais e os partidos de esquerda, os quais têm sido tratados por ele como inimigos, não como adversários [...]”.

Todavia, mesmo com esse assunto sendo mais aflorado recentemente, desde a década de 70, é possível vislumbrar traços de populismo na política brasileira, o qual surgiu também em face de uma crise política, que foi o regime militar. Lula surge como uma figura que promete estabilidade democrática e alimenta a ideia de que seria a solução para todos os problemas políticos, construindo um conceito de representatividade do verdadeiro trabalhador brasileiro e, dessa forma, alcança o mais alto cargo do poder Executivo brasileiro, destacando-se fortemente até a atualidade.

Não se pode assassinar a lei e a Constituição e justificar que se faz isso em nome da democracia. Falar isso não passa de pura retórica no convencimento de pessoas que não compreendem ou não querem compreender o real significado das coisas, que não refletem sobre o passado tenebroso de um Brasil sem uma Constituição democrática. Para a manutenção de uma democracia, não basta que se atente apenas à corrupção e se esqueça dos princípios basilares de um Estado Democrático. Como já mencionado no início deste estudo, vários são os pilares que mantêm de pé uma democracia, e apenas o fortalecimento de um deles não é suficiente.

Polarizar a política é banir o espaço a reflexões, escolhas, diálogo, compreensão. É alimentar o discurso de ódio, a violência e a intolerância, dando lugar a regimes totalitários. Até aqueles que discordam ideologicamente devem ter um mínimo de consenso nesses aspectos democráticos.

27 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional*. - São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

Dessa forma, cabe à sociedade a conscientização de que ideias extremistas, de qualquer lado que seja, serão sempre prejudiciais à democracia, e os debates de ideologias sempre serão necessários, até porque a Constituição não é perfeita e deve se aprimorar com frequência, mas sua essência quanto aos direitos fundamentais não pode mudar no sentido de retroceder e retirar direitos já conquistados. A harmonia e o respeito devem prevalecer para o bem do todo. A democracia não é egoísta e violenta, ela busca um consenso de ideologias para o bem comum da sociedade, garantindo, sempre, os direitos fundamentais de todos, principalmente dos mais vulneráveis. Polarizar vai de encontro a isso.

CONCLUSÃO

A polarização é letal a uma democracia. Não há como pensar democracia sem o diálogo de ideias, tanto no cenário político, como no social. A política reflete a imagem da sociedade, portanto, antes de se exigir que existam tolerância e diálogo no meio político, é necessário que isso predomine socialmente nas escolas, universidades, nas famílias e, claro, nas redes sociais, que, hoje, são um dos maiores meios de interação social.

Polarizar é minar a democracia e dar abertura para o ingresso de demagogos que vendem a ideia de solucionar todos os problemas de uma sociedade e, ao fracassar, buscam impor sua ideologia acima de qualquer outro. Para eles, quando não basta atacar os adversários políticos, lançam ataques às instituições e às normas fundamentais e constitucionais, normas essas que adotam o respeito ao regime democrático e a suas regras.

Massa, maioria e populismo não são elementos da democracia, ainda que possam parecer. A polarização é contrária ao consenso, ao debate de ideias, ao respeito, à compreensão e à harmonia. Democracia é um tema que possui densidade e que deve ser estudado e compreendido em todos os seus pilares e por todos, agentes políticos e cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Democracia para quem não acredita. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. – 5. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo – 3ª edição. São Paulo: QuartierLatin, 2020.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Fragmentos de um dicionário político. 23ª ed. - Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

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

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

KELSEN, Hans. A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. – 15. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. Curso de direito constitucional. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Democracia em crise no Bra-

sil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pluralismo político e Jurisdição Constitucional: O Procedimentalismo Democrático como Alternativa Hermenêutica para a Superação da Dicotomia Liberalismo versus Republicanismo. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3919/1/arquivo5164_1.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

VILHENA, Oscar. A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. – 1ª ed. – São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VOßKUHLE, Andreas. Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

WEBER, Max. Escritos políticos. – 1ª. ed. - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.



VANESSA DE RAMOS KELLER

É mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho. Atualmente, é servidora do quadro efetivo do Ministério Público de Santa Catarina.

VANESSA DE RAMOS

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NA DEFESA DA DEMOCRACIA E DO ESTADO DE DIREITO DIANTE DAS AMEAÇAS À ORDEM JURÍDICA DA UNIÃO PERPETRADAS PELOS GOVERNOS DE HUNGRIA E POLÔNIA

RESUMO

Na última década, a União Europeia tem sido confrontada com a ascensão de governos populistas e autoritários em seu território, que abertamente afrontam os princípios e valores democráticos que fundamentam o Estado de direito, um dos pilares do projeto de integração europeu. É o caso, por exemplo, dos governos de Hungria e Polônia. Neste cenário, o presente estudo tem como objetivo analisar de que forma estas afrontas têm sido tratadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Para tanto, inicialmente, apresenta-se um breve panorama da situação política e jurídica nestes Estados-Membros para demonstrar de que forma suas ações têm confrontado os valores e princípios do Estado de direito. Na sequência, faz-se um recorte da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da União Europeia a partir da breve análise de dois processos que tramitaram

recentemente nesta Corte – os processos C-619/18 e C-650/18 –, a fim de verificar de que forma a questão vem sendo tratada no âmbito jurídico da União Europeia. Quanto à metodologia empregada, registra-se que, tanto na fase de investigação como na fase de tratamento de dados, foi utilizado o método indutivo e acionadas as técnicas do referente e da pesquisa bibliográfica, relacionadas ao tema objeto da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE

Estado de Direito; Populismo; União Europeia.

1. INTRODUÇÃO

A Europa se vê, neste início de século XXI, confrontada e ameaçada, mais uma vez, pelo avanço do extremismo e de governos populistas e autoritários, que seguem promovendo a ideia de uma democracia iliberal¹, suprimindo os valores do Estado de direito que se fundamenta em um processo Legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista, no princípio da segurança jurídica, na proibição do exercício arbitrário do poder Executivo, na proteção judicial efetiva por tribunais independentes e do controle jurisdicional efetivo, incluindo o respeito pelos direitos fundamentais como os princípios da separação de poderes e da igualdade perante a lei.

O desrespeito a esses fundamentos coloca em xeque não apenas a democracia no âmbito destes Estados-Membros, mas desafia a própria União Europeia como um todo, uma vez que abala também os princípios em que se alicerçam o projeto europeu, em especial os princípios da cooperação leal e da confiança mútua.

¹ MOUNK denota que uma democracia iliberal é sinônimo de uma democracia sem direitos, e afirma que esse modelo tende a emergir “particularmente em lugares onde a maioria opta por subordinar as instituições independentes aos caprichos do Executivo ou por restringir os direitos das minorias que a desagradam”. (In: MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Livro digital Kindle. Posição 516.)

O princípio da cooperação leal encontra previsão legal no artigo 4º, n. 3 do Tratado da União Europeia (a seguir TUE), e dele decorre a obrigação, tanto para a União quanto para os Estados-Membros, de respeitarem-se e assistirem-se mutuamente no cumprimento das obrigações oriundas dos Tratados. Para este fim, devem os Estados-Membros adotar todas as medidas adequadas e necessárias para garantir a execução destas obrigações que podem também resultar dos atos das instituições da União. Decorre ainda de tal princípio a obrigação expressa aos Estados-Membros de cooperar com a União para o cumprimento de sua missão e de se abster de qualquer medida que coloque em risco a realização dos seus objetivos.

O princípio da confiança mútua, por sua vez, é um corolário da própria cooperação leal e assenta na premissa fundamental segundo a qual “cada Estado-Membro partilha com todos os restantes Estados-Membros, e reconhece que estes partilham com ele, uma série de valores comuns nos quais a União se funda, como precisado no artigo 2º do TUE”.²

As situações que se apresentam especialmente na Hungria e na Polónia, como se verá adiante, desafiam toda a ordem jurídico-política da União Europeia e criam dilemas de difícil resolução. Por um lado, os cidadãos europeus desses Estados-Membros, ou os que optaram por lá se estabelecer em razão da livre circulação, veem seus direitos reduzidos e cerceados em comparação com os demais cidadãos europeus, uma afronta direta ao princípio da igualdade de tratamento, previsto no artigo 9º do TUE. Por outro lado, o abalo aos princípios da cooperação leal e da confiança mútua traz consequências diretas em todos os aspectos do processo de integração, tanto para a União quanto para os demais Estados-Membros.

² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-284/16. Slowakische Republik contra Achmea BV. Luxemburgo, 6 de março de 2018. Portal InfoCuria, 2018. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=266135>>. Acesso em 20/09/2021.

Diante desse cenário, o presente estudo apresenta-se como um desdobramento da pesquisa realizada pela autora em sua Dissertação de Mestrado ³, e – a partir de fragmentos extraídos deste trabalho mais amplo, porém dando um enfoque específico e distinto, focado especialmente em dois processos que tramitaram recentemente no Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir TJUE) – tem como objetivo analisar de que forma essa situação tem sido tratada na jurisprudência europeia.

O artigo será, portanto, dividido em três capítulos, além desta introdução e das considerações finais que encerram o estudo. No primeiro, será apresentado um breve panorama sobre situações fáticas e jurídicas que demonstram de que forma os governos de Hungria e Polônia vêm desafiando e colocando em risco os valores fundamentais e a ordem jurídica em que se assenta a União Europeia. No segundo capítulo, far-se-á uma breve análise sobre o acórdão proferido no Processo C-619/18 ⁴, uma Ação por Incumprimento ajuizada pela Comissão contra a Polônia, em que o TJUE enaltece e defende a independência judicial dos tribunais nacionais para a salvaguarda dos valores e princípios do Estado de direito em todo o território da União. Por fim, apoiando-se mais especificamente nas conclusões apresentadas pelo Advogado-Geral nos autos do Processo C-650/18 ⁵, o estudo se voltará para a compreensão do mecanismo de defesa do Estado de Direito – previsto no artigo 7º do Tratado da União Europeia –, bem como aos impasses que estão travando a evolução das propostas fundamentadas atualmente em andamento contra Hungria e Polônia.

3 Intitulada: “Democracia no Século XXI: os desafios da União Europeia no atual contexto de crise da democracia liberal”, cuja defesa em banca pública e aprovação se deram em 19/07/2021.

4 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CDBC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021

5 BOBECK, Michal. Conclusões do Advogado-Geral. Luxemburgo, 3 dez. 2020. In: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4731682>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, tanto na fase de investigação ⁶ como na fase de tratamento de dados, foi utilizado o método indutivo ⁷ e acionadas as técnicas do referente ⁸ e da pesquisa bibliográfica ⁹, relacionadas ao tema objeto da pesquisa. Ressalta-se que o presente estudo tem a intenção de apresentar-se como um contributo singelo ao debate e a reflexões sobre a importância de se defender os valores e princípios do Estado de direito, não apenas na União Europeia, mas em todas as sociedades democráticas, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, que, por sua complexidade e amplitude, deve e merece ser objeto constante de pesquisas e discussões construtivas.

2. DAS AMEAÇAS À ORDEM JURÍDICO-POLÍTICA DA UNIÃO EUROPEIA POR PARTE DOS GOVERNOS DE HUNGRIA E POLÔNIA

Numa perspectiva atual, diversos são os exemplos que demonstram o momento de instabilidade política que o mundo atravessa, agravado ainda pelos desdobramentos da pandemia da Covid-19. Nesse cenário, o recrudescimento de governos populistas e de movimentos com raízes “iliberais” em países da União Europeia é certamente motivo de grande preocupação e de forte ameaça à democracia, bem como aos valores e princípios nos quais se assenta a ordem jurídica da União.

6 [...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...].” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 87.)

7 [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...].” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 91.)

8 [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 58.)

9 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. p. 215.)

É fato, porém, que a ascensão do populismo não é um problema recente que a União Europeia enfrenta. Nesse sentido, Galston ¹⁰ afirma que, inicialmente, creditava à recessão econômica iniciada em 2007 e acentuada nos anos seguintes a culpa pelo surgimento de líderes e movimentos populistas nas principais democracias liberais, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, decorrente de um desemprego persistente e da perda de confiança de grupos nos principais partidos e instituições estabelecidas.

Porém, com o decorrer do tempo, Galston ¹¹ afirma ter percebido que o cenário era ainda mais complexo e que a economia era, sim, um fator importante, mas não o único responsável por esse fenômeno. À crise econômica, segundo ele, somou-se a incapacidade de Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia lidarem com as ondas de imigração, e destaca que análises pós-eleições demonstram que as preocupações com a imigração impulsionaram, em grande parte, o referendo do *Brexit*, as eleições presidenciais dos EUA em 2016 e os ganhos dos partidos de extrema-direita em toda a Europa. Além disso, o autor também acrescenta as mudanças tecnológicas, que destacam a meritocracia daqueles que têm maior acesso à educação nos grandes centros, causando um sentimento de marginalização àqueles que vivem em áreas rurais ou em cidades menores.

À luz dessa aparente incapacidade de resolver problemas crescentes, os governos de todo o Ocidente enfrentam uma crescente ira pública. Disso resulta uma maior demanda popular por líderes “fortes”, e, se aproveitando deste quadro, atores políticos em ascensão começam a questionar princípios liberal-democráticos fundamentais, como o Estado de Direito, a liberdade de imprensa, os direitos das minorias, entre outros.

10 GALSTON, William A. The populist challenge to liberal democracy. **Journal of Democracy**, v. 29, n. 2, p. 5-19, Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-populist-challenge-to-liberal-democracy/>>. Acesso em: 6 jun. 2021. p. 7.

11 GALSTON, William A. The populist challenge to liberal democracy. **Journal of Democracy**, v. 29, n. 2, p. 5-19, Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-populist-challenge-to-liberal-democracy/>>. Acesso em: 6 jun. 2021. p. 8.

Desse modo, como bem observam Silveira e Froufe¹², “a integração europeia tem enfrentado uma pressão populista que se alia frequentemente a uma pulsão nacionalista”. Ainda de acordo com os autores,

Apesar de tais movimentos serem portadores de uma cosmovisão imediatista e materialmente antide-mocrática, o certo é que ganharam força e vão chegando ao poder, precisamente, por meio do instrumentário da democracia formal. São fenômenos potencialmente ameaçadores da democracia, todavia, gerados em democracia a partir do exercício dos direitos fundamentais que a definem e sustentam, como a liberdade de associação e de expressão.

Nesta guinada à extrema-direita que se pode observar no contexto da União Europeia, os casos de Hungria e Polônia são certamente os mais emblemáticos e, embora não sejam os únicos¹³, já estão em um estágio bastante avançado e têm servido como inspiração para outros Estados-membros e mesmo para Estados que almejam fazer parte da União.

Na Hungria, a escalada de poder do primeiro-ministro Viktor Orbán teve início nas eleições de 2010, embora ele já seja uma figura emblemática no cenário político húngaro desde 1988. Krekó

12 SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Integração europeia em crise de identidade: causas e perspectivas jurídico-constitucionais entre o populismo, a política e o poder. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 315-333, maio-ago. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/11225>>. Acesso em: 6 jun. 2021. p. 317.

13 Mounk afirma que ao longo das duas últimas décadas, “o sistema partidário degelou rapidamente”. Em diversos países, partidos políticos com pouquíssima ou nenhuma representação até poucos anos antes, estabeleceram-se como presenças importantes da cena política. O autor observa ainda que, na Europa, especialmente, a ascensão de partidos de extrema direita tem sido ainda maior do que de extrema esquerda, e cita exemplos relevantes como os Democratas Suecos – com profundas raízes no movimento neonazista-; a Frente Nacional, na França –, antiga integrante do sistema político que após anos sendo relegada conseguiu chegar ao segundo turno das eleições em 2002 e, mais recentemente, em 2017, com a polêmica candidata Marine Le Pen pregando o mesmo discurso de ruptura com a ordem global, com a União Europeia e um retorno ao Estado nacional, levantando a possibilidade de um possível “Francexit”, impulsionando seus eleitores no mesmo caminho tomado pelos britânicos no ano anterior –; o mesmo ocorrendo na Áustria, Holanda, Finlândia e Alemanha, fazendo com que a votação dos partidos populistas na Europa, tanto de esquerda quanto de direita, mais que dobrasse nas últimas décadas. (In MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Livro digital Kindle. Posições 581-587 e 607-616)

e Enyedi ¹⁴ explicam que as fundações do atual regime de Orbán remontam ao período imediatamente após a vitória eleitoral dele e de seu partido, o “Fidesz – União Cívica Húngara”, em 2010, e foram consolidadas quando o Parlamento adotou uma nova Constituição que entrou em vigor no primeiro dia de 2012.

Ainda de acordo com os autores, ao contrário de seus vizinhos do bloco oriental, a Hungria optou por não adotar uma nova Constituição após a democratização do país em 1989, preferindo apenas alterar sua lei fundamental de 1949. Foi esta ordem constitucional remodelada que, mesmo apresentando uma separação significativa de poderes, possibilitou que uma maioria de dois terços do Parlamento aprovasse unilateralmente a nova Constituição e fizesse grandes mudanças a partir da substituição de funcionários-chave nas principais instituições do país, fazendo com que o governo de Orbán e da Fidesz se fortalecesse e aniquilasse as forças de uma oposição já esfacelada, o que garantiu mais duas reeleições, a última em abril de 2018.

Dessa forma, Orbán constituiu seu projeto de poder baseado na xenofobia contra os muçulmanos e a Europa; nas manipulações legislativas que lhe deram controle quase absoluto da imprensa e do processo eleitoral, criando um sistema político em que nenhum outro partido da oposição é capaz de vencer, além de privá-los do financiamento de suas campanhas; na corrupção com a utilização do dinheiro da União Europeia para financiar seus apoiadores, amigos e familiares que enriqueceram, também, às custas de contratos com o Estado; sem falar na perseguição aos poucos meios de comunicação e jornalistas independentes que ainda restam no país e no fato de o governo húngaro ter recentemente forçado a saída da Universidade Centro-Europeia do país, além da perseguição a diversas organizações da sociedade civil que tentam de alguma forma lutar pela defesa dos valores da democracia e do Estado de direito na Hungria. ¹⁵

14 KREKÓ, Péter; ENYEDI, Zsolt. Explaining Eastern Europe Orbán’s laboratory of illiberalism. *Journal of Democracy*, v. 29, n. 3, p. 39-51, July 2018. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/explaining-eastern-europe-orbans-laboratory-of-illiberalism/>>. Acesso em: 6 jun. 2021. p. 40.

15 APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia: o fracasso da política e o apelo sedutor do autoritarismo**. Lisboa: Bertrand, 2020. p.101.

Também com vistas ao desenvolvimento de um regime nesses termos, pode-se destacar a guinada autoritária que vem ocorrendo na Polônia, abertamente inspirada no modelo implementado na vizinha Hungria.

Kelemen¹⁶ explica que o retrocesso democrático polonês teve início nas eleições parlamentares do país em 2015, quando o PiS – Lei e Justiça, partido ultraconservador e nacionalista-populista, conquistou uma pluralidade (pouco menos de 38%) dos votos, o que se traduziu na maioria absoluta (51%) dos assentos no Parlamento polonês. Beata Szydło, que liderou a campanha eleitoral como a nova face mais moderada do partido, tornou-se primeira-ministra, mas, na verdade, o PiS permaneceu firmemente sob o domínio de seu co-fundador ultraconservador e ex-primeiro-ministro Jarosław Kaczyński, que já havia demonstrado admiração pelo estilo de governança de Orbán e prometeu seguir seu exemplo.

Logo após a posse, o novo governo PiS lançou ataques à independência do Tribunal Constitucional da Polônia, travando uma verdadeira guerra entre poderes, com o apoio óbvio do Parlamento e a resistência dos membros do Tribunal. Além disso, a mídia pública e a liberdade de imprensa também são alvos frequentes de ataques e cerceamento. Dessa forma, sob o comando do presidente Andrzej Duda, o PiS vem seguindo de perto o “roteiro” que o Fidesz de Orbán implementou na Hungria.

As reformas do sistema judicial perpetradas na Polônia desde 2015, correspondentes a mais de 30 novas leis, são certamente a fonte de maior preocupação, tanto a nível interno como no nível da União Europeia. As reformas, com impacto no Tribunal Constitucional, no Supremo Tribunal, nos tribunais ordinários, no Conselho Nacional da Magistratura e no Ministério Público, permitindo, inclusive a nomeação de seus membros pelo Presidente da República e pela câmara Baixa do Parlamento, aumentaram a influência dos poderes Executivo e Legislativo no sistema judicial e, por conseguinte, fragilizaram a independência judicial, sustentáculo do Estado de direito.¹⁷

16 KELEMEN, Roger Daniel. Europe's other democratic deficit: national authoritarianism in Europe's democratic union. **Government and Opposition**, v. 52, n. 2, p. 211-238, Apr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/gov.2016.41>>. Acesso em: 6 jun. 2021. p. 227.

17 COMISSÃO EUROPEIA. Relatório SWD (2020) 320 final. Relatório de 2020 sobre o estado

Há de se destacar, ainda, que tanto o governo da Polônia quanto o da Hungria se aproveitaram dos estados de emergência decretados durante a pandemia da Covid-19 para deteriorar ainda mais a situação e concentrar maior poder nas mãos do Executivo desses países, sob a justificativa de conter o avanço do vírus.

Na Polônia, logo no início de março de 2020, o governo determinou o fechamento repentino de todas as fronteiras do país, causando um caos generalizado que, segundo Applebaum¹⁸, não foi capaz de conter a superlotação dos hospitais, ocasionada, em grande parte, pelo fato de muitos médicos terem abandonado o país nos últimos anos em decorrência das ações do próprio governo. A autora observa, ainda, que, surpreendentemente, o fechamento repentino e desordenado das fronteiras, apesar do caos e da ineficiência, foi uma medida extremamente popular, o que pode ser prenúncio de que, no momento em que as pessoas temem pelas suas vidas, tendem a aceitar medidas que acreditam que as irão salvar, ainda que isso implique a perda de liberdades e uma expansão do poder do Estado.

Na Hungria, a autora destaca que, no final de março de 2020, Orbán aprovou uma lei que lhe concedia poderes para governar por decreto e que autorizava seu governo a prender jornalistas por até cinco anos pelo simples fato de criticarem as medidas de combate adotadas na luta contra o vírus. Tais medidas são obviamente descabidas, autoritárias e contrárias aos princípios e valores democráticos, que, de acordo com Applebaum, assim como na Polônia, não evitaram a superlotação dos hospitais, também prejudicados pela falta de investimentos do governo e pela emigração. A verdadeira intenção de tais medidas era acabar com os debates ou sequer permitir que fossem levantados. Segundo a autora, "os políticos da oposição que se manifestaram contra estas leis foram apelidados pela comunicação estatal como 'pró-vírus'".¹⁹

de direito: capítulo relativo à Polónia. **EUR-Lex**, Bruxelas, 30 set. 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0320&from=EM>>. Acesso em: 7 jun. 2021. p. 3.

18 APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia: o fracasso da política e o apelo sedutor do autoritarismo**. Lisboa: Bertrand, 2020. p. 179-180.

19 APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia: o fracasso da política e o apelo sedutor do autoritarismo**. Lisboa: Bertrand, 2020. p. 181.

Embora, em parte, esse avanço populista na Hungria e na Polónia (que também ecoa por praticamente todo o leste europeu) tenha raízes muito peculiares e baseadas fundamentalmente em seu passado carente de uma tradição democrática, ele também se constitui em uma forte ameaça à democracia no contexto da União Europeia, pois coloca em xeque o bom funcionamento das instituições e de toda a ordem jurídico-política em que se fundamenta a União.

3. A INDEPENDÊNCIA JUDICIAL SOB O PRISMA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E SUA IMPORTÂNCIA CRUCIAL NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO NA UNIÃO

O Estado de direito constitui a espinha dorsal da democracia liberal e um dos princípios fundadores da União Europeia decorrentes das tradições constitucionais comuns de todos os Estados-Membros²⁰. Assim, o respeito pelo Estado de direito na UE não é apenas uma condição para a salvaguarda dos direitos fundamentais e para a defesa dos demais direitos e obrigações oriundos dos Tratados originários e da Carta de Direitos Fundamentais União Europeia (a seguir CDFUE), mas também uma condição prévia para o reconhecimento e a confiança mútuos, além de fator essencial em domínios políticos como o mercado interno, o crescimento e o emprego, o combate à discriminação, a inclusão social, a cooperação no domínio da polícia e justiça, o espaço Schengen e as políticas de asilo e de migração.²¹ Por conseguinte, a corrosão dos princípios e valores da democracia, do Estado de direito e dos direitos fundamentais em qualquer Estado-Membro representa uma séria ameaça à estabilidade e à prosperidade da União e a tudo que ela representa.

20 PARLAMENTO EUROPEU. Resolução P8_TA(2016)0409, de 25 de outubro de 2016. Contém recomendações à Comissão sobre a criação de um mecanismo da UE para a democracia, o Estado de direito e os direitos fundamentais (2015/2254(INL)). **Jornal Oficial da União Europeia**, C 215, p. 162, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0409&from=FR>>. Acesso em: 6 jun. 2021. Considerando E.

21 Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2016. Considerando H.

Quando um Estado-Membro já não garante o respeito pelos valores e princípios em que se funda a União – o respeito pela dignidade humana, pelas liberdades individuais e coletivas, pela democracia, pela igualdade, pelo Estado de direito, pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais, incluindo os direitos das pessoas pertencentes às minorias²² –, a União e os seus Estados-Membros têm o dever de proteger a integridade e a aplicação dos Tratados e de proteger os direitos de todos os que estão abrangidos pela sua jurisdição.²³

Nesse sentido, frente ao agravamento da situação do Estado de direito em alguns Estados-Membros, os tribunais nacionais e a Comissão – a quem incumbe a função precípua de guardião dos Tratados²⁴ – encaminharam, nos últimos anos, para apreciação do Tribunal de Justiça da União Europeia, uma série de reenvios prejudiciais²⁵ e de Ações por Incumprimento²⁶, com o que também o TJUE tem desempenhado um papel relevante neste processo de defesa do Estado de direito na União, especialmente em relação à independência dos tribunais nacionais e do seu papel indispensável na garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos da UE.

É importante ressaltar que o princípio da tutela jurisdicional efetiva, também um corolário da cooperação leal, encontra previsão legal no artigo 19º, n. 1 do TUE e, de acordo com Silveira,

postula que a efectividade do Direito da União depende da garantia judicial das suas normas; integra o direito de acesso à justiça, o direito a um processo equitativo, o direito a um recurso efectivo; e implica a aplicação de providências cautelares pelo juiz nacional tendentes a evitar danos irreparáveis nos direitos dos

22 Tais valores encontram-se insculpidos no art. 2º do TUE e por força deste mesmo dispositivo devem “comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.”

23 Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de outubro de 2016. Considerando AE.

24 Nos termos do artigo 17º, n.1 do TUE.

25 No caso dos tribunais nacionais, nos termos do artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia(TFUE).

26 No caso da Comissão, nos termos do artigo 260 do TFUE.

particulares decorrentes do Direito da União, mesmo que tais providências não tenham previsão ou estejam proibidas pelo direito nacional.²⁷

De igual forma, destaca-se que a Comissão Europeia também vem afirmando a importância crucial do respeito pelo Estado de direito para a efetiva aplicação do direito da União em todo o território e postula-se que sua essência “é a proteção judiciária eficaz, que exige independência, qualidade e eficiência dos sistemas judiciais nacionais.”²⁸

Assim sendo, recentemente, o TJUE publicou uma série de acórdãos importantes sobre o assunto e, embora tenha tratado da matéria sob enfoques distintos, afirmou de forma contundente, em todas as ocasiões, o caráter essencial da independência judicial dos tribunais nacionais para a salvaguarda dos princípios e valores previstos no artigo 2º do TUE em decorrência de sua relação direta com o princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Destaca-se, nesse contexto, o processo C-619/18²⁹, uma Ação por Incumprimento ajuizada pela Comissão contra a Polónia, requerendo que o TJUE determinasse a reversão de diversas leis aprovadas no país que alteravam, de forma arbitrária, a composição do Supremo Tribunal da Polónia, bem como a idade para a aposentadoria dos juizes.

27 SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 105.

28 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, de 02/12/2020, para “Garantir a justiça na UE – Estratégia de formação judiciária europeia para 2021-2024”, fl. 03. Este documento estabelece o quadro para um conjunto ambicioso de medidas fundamentais que visam impulsionar a aplicação correta e eficaz do direito da UE. Visa consolidar uma cultura judicial europeia comum assente no Estado de direito, nos direitos fundamentais e na confiança mútua. (COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 713 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: garantir a justiça na EU: estratégias de formação judiciária europeia para 2021-2024. Bruxelas, 2 de dezembro de 2020. **Portal da Comissão Europeia**, 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2_pt_act_part1_v2.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.)

29 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CD-BC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

No Acórdão em comento, o Tribunal fez questão de frisar que a União Europeia “agrupa Estados que aderiram livre e voluntariamente aos valores comuns referidos no artigo 2º TUE, respeitam esses valores e estão empenhados em promovê-los”, razão pela qual o direito da União está alicerçado na ideia de que cada Estado-Membro partilha com todos os outros Estados-Membros e reconhece que estes partilham, com ele, esses mesmos valores.³⁰

Ademais, o Tribunal afirmou reiteradamente que a essência da própria União Europeia, uma União de direito, fundamenta-se no elevado grau de confiança entre seus Estados-Membros, do qual se parte do pressuposto de que todos satisfazem as exigências de uma proteção jurisdicional efetiva, que representa, na acepção do TJUE, a concretização do valor do Estado de direito afirmado no artigo 2º do TUE³¹, entre as quais figuram, designadamente, a independência e a imparcialidade dos seus órgãos jurisdicionais.

Nesse aspecto, no acervo de sua jurisprudência, o TJUE define claramente quais requisitos devem ser cumpridos para assegurar a independência dos órgãos jurisdicionais, que garante, inclusive, o padrão de proteção do direito fundamental à ação e a um tribunal imparcial assegurado a todos os cidadãos da União pelo artigo 47º da CDFUE.³²

30 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CD-BC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 42.

31 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CD-BC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 47.

32 Art. 47º da CDFUE: Direito à ação e a um tribunal imparcial.

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça

O primeiro requisito apontado é de natureza externa e pressupõe que a instância em causa desempenhe as suas funções com total liberdade e autonomia, sem qualquer ingerência, e esteja, deste modo, “protegida contra intervenções ou pressões externas suscetíveis de afetar a independência de julgamento dos seus membros e influenciar as suas decisões”³³. As garantias de inamovibilidade e de recebimento de uma remuneração de nível adequado à relevância das funções exercidas estão diretamente relacionadas a este requisito³⁴.

O segundo requisito, de ordem interna, está relacionado ao conceito de imparcialidade e busca o igual distanciamento em relação às partes no processo e aos seus respectivos interesses, tendo em conta o objeto do litígio. “Este aspecto exige o respeito da objetividade e a inexistência de qualquer interesse na resolução do litígio que não seja a estrita aplicação da regra de direito.”³⁵

Embora ressalte que a organização judicial nos Estados-Membros seja de competência destes, o TJUE recorda que, no exercício desta competência, o respeito às exigências decorrentes do Direito da União não pode ser deixado de lado e que “ao exigir que os Estados Membros respeitem estas obrigações, a União não pretende de modo algum exercer ela própria a referida competência”³⁶.

33 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-216/18 PPU. Luxemburgo, 25 de julho de 2018. **Portal InfoCuria**, 2018. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157187>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 63.

34 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-216/18 PPU. Luxemburgo, 25 de julho de 2018. **Portal InfoCuria**, 2018. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157187>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 64.

35 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-216/18 PPU. Luxemburgo, 25 de julho de 2018. **Portal InfoCuria**, 2018. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157187>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 64.

Em sua decisão, o TJUE declarou que, ao prever a aplicação da medida que consiste em reduzir a idade de aposentadoria dos juízes do *Sąd Najwyższy* (Supremo Tribunal) aos juízes em exercício que foram nomeados para esse tribunal antes de 3 de abril de 2018 e ao conceder ao presidente da República o poder discricionário de prorrogar a função judicial ativa dos juízes do referido tribunal para além da nova idade de aposentadoria fixada, a República da Polônia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 19º, n. 1, segundo parágrafo do TUE.³⁷

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do TJUE reforça a afirmação de que a garantia de sistemas judiciais nacionais eficazes e independentes é um elemento central do Estado de direito e é essencial para assegurar o padrão de jusfundamentalidade do direito da UE, bem como a confiança mútua que garante o bom funcionamento de toda a estrutura em que se alicerçou a própria ideia da União, além de proteger os cidadãos de todos os Estados-Membros das arbitrariedades decorrentes da interferência política dos poderes Executivo e Legislativo no poder Judiciário, fato que ganha especial relevância no atual cenário em que democracias europeias se veem novamente assombradas e ameaçadas pelo autoritarismo.

36 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CD-BC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 52.

37 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CD-BC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021. n. 124.

4. O MECANISMO DE DEFESA DO ESTADO DE DIREITO PREVISTO NO ARTIGO 7º DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS FRAGILIDADES OBSERVADAS DIANTE DAS PROPOSTAS FUNDAMENTADAS EM ANDAMENTO CONTRA HUNGRIA E POLÔNIA

Prevedo a possibilidade de violação dos valores fundamentais, ou mesmo para impelir qualquer violação nesse sentido, o legislador colocou à disposição da União, especialmente nos termos do artigo 7º do TUE, mecanismos para intervir e proteger o seu “núcleo constitucional” e os valores comuns nos quais se baseia.

O processo deflagrado pelo artigo em questão representa um processo sancionatório de natureza única, conforme assinalou o Advogado-Geral Bobeck em suas conclusões do Processo C-650/18³⁸, o que significa que todos os atos produzem efeitos jurídicos, ainda que não seja desencadeado o ato seguinte previsto no dispositivo legal em questão. É um processo destinado a defender o Estado de direito, e cada fase do processo deve respeitar todas as disposições relacionadas ao direito da União.³⁹

O artigo 7º, n. 1 do TUE, é o ponto de partida deste processo sancionatório acionado a partir de uma proposta fundamentada, que pode ser apresentada por um terço dos Estados-Membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão, que convida o Conselho a agir. Deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento, o Conselho pode proceder à constatação da existência de um risco manifesto de violação grave dos valores do artigo 2º do TUE por parte de um Es-

38 BOBECK, Michal. Conclusões do Advogado-Geral. Luxemburgo, 3 dez. 2020. In: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4731682>>. Acesso em: 13 fev. 2021. n. 25.

39 BOBECK, Michal. Conclusões do Advogado-Geral. Luxemburgo, 3 dez. 2020. In: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4731682>>. Acesso em: 13 fev. 2021. n. 26.

tado-Membro, devendo, nessa ocasião, ouvir este Estado-Membro para, então, dirigir-lhe recomendações.

O artigo 7º, nº 2 do TUE, se refere à constatação pelo Conselho Europeu – desta vez, operando sob a regra da unanimidade e, também, após a aprovação do Parlamento – da existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2º do TUE, na sequência de uma proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após já ter também convidado o Estado-Membro em causa a apresentar observações sobre a questão. Observa-se que, já aqui, descortina-se o caráter independente anteriormente destacado de cada uma das fases previstas no dispositivo legal em questão, pois, se as medidas e recomendações, desencadeadas a partir de uma proposta fundamentada nos termos do artigo 7º, n. 1, fizerem cessar as violações, não há necessidade de partir para esta ou para as etapas seguintes previstas no artigo em questão.

Em última análise, pode-se afirmar que o n. 3 do artigo 7º do TUE é a culminação das duas fases anteriores, possibilitando a adoção de uma decisão pelo Conselho, aprovada por maioria qualificada, com a finalidade de suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em questão, incluindo o seu direito de voto no Conselho. Ressalta-se que, ao tomar tal decisão, o Conselho deve sopesar as consequências que essa suspensão de direitos e obrigações acarretará às pessoas individuais e coletivas.

Neste ponto, oportuna se faz a observação de Bobeck⁴⁰ para quem o objetivo do processo previsto no artigo 7º TUE, que consiste em incitar os Estados-Membros a respeitar os valores da União, ficaria inteiramente comprometido se as próprias medidas destinadas a alcançar esse objetivo pudessem ameaçar direitos individuais, incluindo os que decorrem da cidadania da União.

40 BOBECK, Michal. Conclusões do Advogado-Geral. Luxemburgo, 3 dez. 2020. In: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4731682>>. Acesso em: 13 fev. 2021. n. 32.

Por fim, o n. 4 do artigo 7º do TUE possui um sentido complementar a esta disposição, ao permitir que seja posteriormente adotada uma decisão com vista a alterar ou revogar as medidas de suspensão, caso a situação se altere.

Encontram-se, atualmente, em andamento duas propostas fundamentadas ao abrigo do artigo 7º, n. 1 do TUE, a primeira apresentada pela Comissão contra a Polónia ⁴¹ em 2017, e a segunda apresentada pelo Parlamento, em 2018, contra a Hungria ⁴².

A proposta fundamentada apresentada pela Comissão contra a Polónia baseou-se especialmente na interferência da estrutura do sistema judicial – conforme aludido no primeiro capítulo do presente trabalho e objeto também da Ação por Incumprimento anteriormente mencionada –, ressaltando que, num período de dois anos, houve uma série de alterações legislativas consecutivas adotadas, possibilitando a interferência sistemática dos poderes Legislativo e Executivo na composição, nos poderes, na administração e no funcionamento de todos os tribunais do país, bem como do Conselho Nacional da Magistratura, da Escola Nacional da Magistratura e do Ministério Público.⁴³

A Comissão detalhou em sua proposta todas as medidas que tomou anteriormente, a fim de encontrar soluções aos problemas apresentados, ressaltando que sempre fundamentou as suas preocupações de uma forma objetiva e exaustiva. Destacou que, de acordo com o Quadro do Estado de direito, emitiu um parecer seguido de três recomendações relativas ao Estado de direito

41 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Proposta COM (2017) 835 final, 2017/0360 (NLE). Proposta fundamentada ao abrigo do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia relativa o estado de direito na Polónia: proposta de decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do estado de direito. Bruxelas, 20 de dezembro de 2017. **EUR-Lex**, 2017. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017PC0835>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

42 PARLAMENTO EUROPEU. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Proposta A8-0250/2018. Relatório sobre uma proposta solicitando que, nos termos do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia, verifique a existência de um risco manifesto de violação grave pela Hungria dos valores em que a União assenta (2017/2131(INL)). Bruxelas, 4 de julho de 2018. **Portal do Parlamento Europeu**, 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_PT.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

43 N. 173 da Proposta Fundamentada ao abrigo do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia relativa o Estado de Direito na Polónia apresentada pela Comissão Europeia em 20/12/2017.

na Polônia e que trocou inúmeras cartas, além de realizar diversas reuniões com as autoridades polonesas. Fez questão de frisar, também, que sempre esteve disposta a prosseguir um diálogo construtivo, no entanto, apesar dos esforços desenvolvidos, o diálogo não dissipou suas preocupações, e a situação no país se deteriorou.⁴⁴

No caso da Hungria, a proposta fundamentada apresentada pelo Parlamento foi apoiada por uma extensa lista de violações aos princípios insculpidos no artigo 2º do TUE, destacando preocupações relacionadas aos fatos também já mencionados no primeiro capítulo do presente estudo, especialmente em relação ao funcionamento do sistema constitucional e eleitoral, à independência do poder judicial e de outras instituições, aos direitos dos magistrados, à corrupção e aos conflitos de interesses, à privacidade e à proteção de dados, à liberdade de expressão, acadêmica, de religião e de associação, ao direito à igualdade de tratamento, aos direitos das pessoas pertencentes a minorias, incluindo os ciganos e os judeus, bem como à proteção contra declarações de ódio contra essas minorias, aos direitos fundamentais dos migrantes, dos requerentes de asilo e dos refugiados e aos direitos sociais e econômicos.

Assim como a Comissão o fez em sua proposta, o Parlamento também especificou minuciosamente todas as ações perpetradas pelo Estado-Membro em questão que evidenciam as violações ao Estado de direito, bem como todas as ações e os esforços que evidenciou, juntamente com a Comissão, no sentido de fazer cessá-las, ressaltando que debateu várias vezes com o primeiro-ministro húngaro, os ministros e outros funcionários governamentais, não tendo, no entanto, ocorrido nenhuma alteração substancial para salvar o Estado de direito na Hungria, com o que o Parlamento não via outra opção naquele momento a não ser a apresentação da proposta ao abrigo do artigo 7º, n.1 do TUE.

44 Ns. 174 e 175 da Proposta Fundamentada ao abrigo do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia relativa o Estado de Direito na Polónia apresentada pela Comissão Europeia em 20/12/2017.

A Hungria recorreu ao TJUE para tentar anular a proposta apresentada pelo Parlamento, no já mencionado Processo C-650/18, em que questionou a maneira como foi efetivada a contagem dos votos e das abstenções de votos no Parlamento Europeu para aprovação da proposta. A Polônia atuou como interveniente em favor da Hungria no processo, e o Advogado-Geral se manifestou contrário ao provimento do recurso em questão, tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia decidido negar provimento ao recurso interposto pela Hungria, condenando-a a suportar suas próprias despesas, bem como as despesas efetuadas pelo Parlamento Europeu, e, ainda, determinando que a Polônia suportasse suas próprias despesas.⁴⁵

O relacionamento estreito entre os governos de Hungria e Polônia já evidencia o fato de que dificilmente será possível avançar para as próximas etapas previstas no artigo 7º do TUE, em especial porque, como se viu, o n. 2 do dispositivo legal em causa exige a unanimidade do Conselho para a aplicação de sanções. Obviamente, Hungria e Polônia seguirão se protegendo mutuamente e, dessa forma, a unanimidade no Conselho em relação a este assunto jamais será alcançada, ao menos enquanto seguirem no poder os atuais governos liderados por Orbán e Duda, respectivamente.

A experiência dos últimos anos mostra claramente a necessidade de melhorar os procedimentos em curso do artigo 7º do TUE nos casos de desafios graves ao Estado de direito. É muito evidente que a dificuldade principal para se evoluir para a fase das sanções, hoje, reside na exigência da aprovação por unanimidade no Conselho, porém essa não é a única questão obviamente.

O andamento das propostas fundamentadas ao abrigo do n. 1 do artigo em questão evidenciou que este é um caminho muito longo e pouco eficaz, pois, enquanto a questão é discutida no âmbito das instituições – o que se arrasta por anos e, inclusive, levanta a possibilidade de uma omissão ou, no mínimo, de uma letargia questionável –, a situação, que já era muito grave a ponto de se

45 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242030&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=675537>>. Acesso em: 20/09/2021.

lançar mão deste procedimento, continua sendo agravada, suprimindo-se severamente os direitos e as liberdades de muitos cidadãos da União, de juízes que se tornaram vítimas tendo seu poder e sua independência funcional esvaziados, e cria um desafio cada vez maior e mais difícil de ser superado pela União, o que, como se afirmou diversas vezes, acaba afetando toda a estrutura jurídico-política em que se fundamenta o próprio projeto europeu.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o presente estudo – respeitadas as suas limitações –, buscou-se demonstrar de que forma as estratégias de concentração de poder político nas mãos do poder Executivo na Hungria e na Polônia afrontam a ordem jurídica e política da União Europeia e de que maneira essas situações vêm sendo tratadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, um órgão historicamente reconhecido pelo seu protagonismo no aprofundamento do processo de integração europeu.

A partir da análise de dois processos que tramitaram recentemente perante o TJUE – o processo C-619/18 e o processo C-650/18 –, pode-se perceber que, em sua jurisprudência, o Tribunal tem afirmado reiteradamente a importância da independência judicial (alvo constante de ataques e interferências tanto na Hungria quanto na Polônia) para a garantia e a efetivação dos valores que fundamentam a União Europeia, dentre os quais se destacam a cooperação leal, a confiança mútua, a tutela jurisdicional efetiva e a igualdade de tratamento dos cidadãos em todo o território da União.

Além disso, verificou-se que a proposição das propostas fundamentadas ao abrigo do artigo 7º n. 1 contra Hungria e Polônia não se mostrou capaz de frear a escalada autoritária nesses Estados-Membros, sendo o processo extremamente lento; a situação segue se deteriorando enquanto as instituições tentam debater e solucionar os problemas. A evolução para a etapa seguinte, prevista no n. 2 do artigo em comento, também não é possível de se efetivar

enquanto as agressões ao Estado de direito forem graves e persistentes em mais de um Estado-Membro, posto que se verifica uma natural tendência de proteção mútua entre os Estados infratores.

Há de se destacar, ainda que de maneira breve, que, para além dos mecanismos jurídicos postos à disposição da União pelos Tratados, as instituições da UE, em especial a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, têm envidados esforços para conter a situação de outras formas.

Como exemplo, pode-se citar a adoção do Relatório Anual sobre o Estado de direito em todos os Estados-Membros, que passou a ser elaborado e apresentado em 2020. Nesse relatório, são analisados quesitos como organização e funcionamento judicial, combate à corrupção, liberdade de imprensa e de associação, entre outros, com o intuito de promover o Estado de direito em todos os Estados-Membros e prevenir a emergência ou o agravamento de problemas.⁴⁶

Outra iniciativa que merece destaque é o Regulamento do Estado de Direito proposto no embalo das tratativas de aprovação do plano de recuperação da União Europeia para a pandemia da Covid-19, o *NextGenerationEU*, "um instrumento de recuperação temporário composto por subsídios e empréstimos em condições favoráveis para impulsionar a recuperação da economia da UE"⁴⁷, na soma de 750 bilhões de euros que serão divididos entre todos os Estados-Membros que cumprirem as exigências para o recebimento dessa ajuda.

A ideia principal desse instrumento é garantir que os repasses feitos serão gastos de forma adequada, respeitando-se os princípios em que se fundamenta a União: claramente, mais uma maneira de tentar reverter as graves afrontas aos valores do Estado de direito, especialmente na Hungria e na Polônia – e também para

⁴⁶ Sobre o assunto, mais informações podem ser obtidas em: < https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/rule_of_law_factsheet_toolbox_pt.pdf>. Acesso em 20/09/2021

⁴⁷ CABRAL, Tiago Sérgio; FROUFE, Pedro Madeira. Heresy, realpolitik and the European budget. **UNIO-EU Law Journal: The Official Blog, Editorial**, 4th Jan. 2021. Disponível em: <<https://officialblogofunio.com/2021/01/04/editorial-of-december-2021/#more-5030>>. Acesso em: 21 fev. 2021. Em tradução livre pela autora.

coibir outros Estados-Membros a seguir o mesmo rumo –, desta vez, tentando bloquear repasses financeiros para tentar incutir mudanças nas posturas dos governos dos referidos Estados-Membros.

É claro que a proposta foi mal recebida por estes, que ameaçaram vetar o orçamento, porém esse é um assunto complexo e que, devido à sua importância, merece também ser objeto de um estudo específico, o que, desde já, fica como sugestão, pois, devido às limitações de espaço do presente trabalho, faz-se apenas essa breve menção para ilustrar que a batalha pela salvaguarda do Estado de direito na União Europeia não se restringe à esfera judicial.

A solução para esse impasse é extremamente complexa, pois uma ruptura radical da União Europeia com os governos de Hungria e Polônia seria uma saída que cobraria um preço político muito alto para a própria União. Além de virar as costas para cidadãos que não concordam com estes regimes, mas que têm suas vidas estabelecidas nestes países e que são, também, vítimas dos abusos perpetrados por estes governos seria também abrir definitivamente as portas de seu território para o autoritarismo sem ter mais chances de tentar combatê-lo. Porém, autoridades europeias já têm demonstrado exaustão e falado abertamente sobre o desejo de ver, por exemplo, a Hungria fora da União.⁴⁸

O respeito ao Estado de direito e aos direitos fundamentais é o eixo central do projeto de integração europeu, que tem em sua gênese a busca pela paz no continente. Neste momento de crise profunda pelo qual a humanidade está passando, mais do que nunca se torna vital a tarefa de defender as linhas que foram ultrapassadas no passado por regimes totalitários e autoritários. Somente na democracia é possível encontrar a solução para os problemas complexos que assolam não apenas a União Europeia, mas todo o mundo, um mundo que tem muito mais a ganhar com uma Europa forte e unida do que esfacelada e dilacerada novamente pelos horrores que enfrentou em um passado ainda muito recente e vivo na memória dos cidadãos europeus.

48 É o caso do primeiro-ministro holandês Mark Rutte, em repreensão ao primeiro-ministro Viktor Orbán sobre a nova e absurda legislação anti-LGBT promulgada na Hungria em junho deste ano. Disponível em: < <https://www.bbc.com/news/world-europe-57596263>>. Acesso em 26/06/2021.

Nunca é demais recordar que “os europeus aprenderam nas catástrofes de duas guerras mundiais que precisam superar aquelas mentalidades nas quais se enraizaram os mecanismos nacionalistas de exclusão”⁴⁹ e não podem jamais esquecer essas lições. Como ensinou Umberto Eco, que tão bem descreveu “o fascismo eterno”: “liberdade e libertação são uma tarefa que não acaba nunca”.⁵⁰ É preciso que as instituições europeias sejam sempre firmes e cada vez mais contundentes e responsivas frente aos ataques à democracia e ao Estado de Direito.

49 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Unesp, 2018. p. 265.

50 ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. p. 61.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia**: o fracasso da política e o apelo sedutor do autoritarismo. Tradução de: Paulo Tavares. Lisboa: Bertrand, 2020. Título original: *Twilight of democracy: the seductive lure of authoritarianism*.

BOBECK, Michal. Conclusões do Advogado-Geral. Luxemburgo, 3 dez. 2020. In: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-650/18. Hungria contra Parlamento Europeu. **Portal InfoCuria**, 2020. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=234961&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4731682>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM (2020) 713 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: garantir a justiça na EU: estratégias de formação judiciária europeia para 2021-2024. Bruxelas, 2 de dezembro de 2020. **Portal da Comissão Europeia**, 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2_pt_act_part1_v2.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. Relatório SWD (2020) 320 final. Relatório de 2020 sobre o estado de direito: capítulo relativo à Polónia. **EUR-Lex**, Bruxelas, 30 set. 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0320&from=EM>>. Acesso em: 7 jun. 2021.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Proposta COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE). Proposta fundamentada ao abrigo do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia relativa o estado de direito na Polónia: proposta de decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do estado de direito. Bruxelas, 20 de dezembro de 2017. **EUR-Lex**, 2017. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52017PC0835>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

GALSTON, William A. The populist challenge to liberal democracy. **Journal of Democracy**, v. 29, n. 2, p. 5-19, Apr. 2018. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-populist-challenge-to-liberal-democracy/>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

KELEMEN, Roger Daniel. Europe's other democratic deficit: national authoritarianism in Europe's democratic union. **Government and Opposition**, v. 52, n. 2, p. 211-238, Apr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/gov.2016.41>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

KREKÓ, Péter; ENYEDI, Zsolt. Explaining Eastern Europe Orbán's laboratory of illiberalism. **Journal of Democracy**, v. 29, n. 3, p. 39-51, July 2018. Disponível em: <<https://www.journalofdemocracy.org/articles/explaining-eastern-europe-orbans-laboratory-of-illiberalism/>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

MOUNK, Yacha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução de: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Título original: The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it. Livro digital do Kindle.

PARLAMENTO EUROPEU. Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos. Proposta A8-0250/2018. Relatório sobre uma proposta solicitando que, nos termos do artigo 7º, n. 1, do Tratado da União Europeia, verifique a existência de um risco manifesto de violação grave pela Hungria dos valores em que a União assenta (2017/2131(INL)). Bruxelas, 4 de julho de 2018. **Portal do Parlamento Europeu**, 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0250_PT.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Resolução P8_TA (2016)0409, de 25 de outubro de 2016. Contém recomendações à Comissão sobre a criação de um mecanismo da UE para a democracia, o Estado de direito e os direitos fundamentais (2015/2254(INL)). **Jornal Oficial da União Europeia**, C 215, p. 162, 19 jun. 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0409&from=FR>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro. Integração europeia em crise de identidade: causas e perspectivas jurídico-constitucionais entre o populismo, a política e o poder. **Dilemas: Revista de Estudos**

de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 315-333, maio-ago. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/11225>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-284/16. Slowakische Republik contra Achmea BV. Luxemburgo, 6 de março de 2018. **Portal InfoCuria**, 2018. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=266135>>. Acesso em 20/09/2021.

_____. Grande Secção. Processo C-216/18 PPU. Luxemburgo, 25 de julho de 2018. **Portal InfoCuria**, 2018. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=157187>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. Processo C-619/18. Comissão Europeia contra República da Polónia. Luxemburgo, 24 de junho de 2019. **Portal InfoCuria**, 2019. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=D2E2EE6A62CBF0894255CDBC9192B510?text=&docid=215341&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1129988>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim como nas edições anteriores, o Fórum Jurídico de Lisboa finalizou sua nona edição com êxito. A partir de temas relevantes de interesse coletivo que visam contribuir com a qualidade de vida e o bem-estar dos cidadãos, a conferência reuniu, ao longo dos três dias de evento, juristas, acadêmicos, autoridades e especialistas para debater temáticas referentes a sistemas políticos e gestão de crises em diversos painéis e mesas redondas.

O tema central desta edição destacou recomendações para lidar com diferentes tipos de crises diante de sistemas políticos que precisam se adaptar a constantes mudanças globais. No Estado Democrático de Direito, em vigor tanto no Brasil e quanto em Portugal, novos direitos são reconhecidos nas respectivas legislações, com a consagração de ideais políticos, econômicos e sociais. Os textos ampliam-se e abrem espaço para a proteção do cidadão, do eleitor, do consumidor, do trabalhador, entre outras faces do sujeito moderno. Em paralelo, também avançam as tutelas coletivas, como a do meio ambiente, da segurança pública, do sistema econômico, previdenciário e sanitário.

Com tantas atualizações, o imaginário de segurança difundido em séculos anteriores deu lugar ao mundo de inseguranças e incertezas na sociedade pós-moderna, potencializadas pela pandemia de Covid-19. Nesse cenário de crise e de mudança de paradigma, notáveis especialistas discorreram no Fórum sobre disfunções nos sistemas governamentais na atualidade, atravessadas por questões orçamentárias, sustentáveis e de liberdade de expressão, pontuando, ainda, sobre responsabilidade civil e medidas de exceção. Também foram fomentadas reflexões acerca da atuação das Forças Armadas em contexto democrático, bem como políticas públicas de educação e saúde.

Esses frequentes diálogos entre Brasil e Portugal - países que, embora historicamente próximos, têm características particulares nas esferas econômica, política e social - são de suma importância, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de sinais que podem servir de alerta para observação e críticas das condições particulares de cada democracia. Fizeram parte do escopo do evento a valiosa cooperação, a troca de experiências e o conhecimento relativo a cada país, com o fomento de debates acadêmicos, a fim de propor soluções, ações e políticas públicas que visem ao desenvolvimento socioeconômico de ambas nações. Dessa forma, o IX Fórum Jurídico de Lisboa buscou estreitar os laços luso-brasileiros.

Esses frequentes diálogos entre Brasil e Portugal - países que, embora historicamente próximos, têm características particulares nas esferas econômica, política e social - são de suma importância, especialmente no que diz respeito ao compartilhamento de sinais que podem servir de alerta para observação e críticas das condições particulares de cada democracia. Fizeram parte do escopo do evento a valiosa cooperação, a troca de experiências e o conhecimento relativo a cada país, com o fomento de debates acadêmicos, a fim de suscitar políticas públicas de melhoria e desenvolvimento de projetos em comum. Dessa forma, o VIII Fórum Jurídico de Lisboa possibilitou o estreitamento de laços e proposições de melhorias para ambas as nações.

idp

CJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E POLÍTICAS



U

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO

FGV CONHECIMENTO
CENTRO DE INOVAÇÃO,
ADMINISTRAÇÃO E PESQUISA
DO JUDICIÁRIO