

# ABDConst

Academia Brasileira de Direito Constitucional

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional

## CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

Volume **13** | Número **25** | Ago/Dez 2021

## ABDCONST

### ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST

Rua XV de novembro, 964, 2º andar, Centro, CEP: 80.060-000, Curitiba /PR

Telefone: +55 (41) 3024.1167 / Fax: +55 (41) 3027.1167

E-mail: [abdconst@abdconst.com.br](mailto:abdconst@abdconst.com.br)

*Solicita-se permuta.*

*We ask for exchange.*

*Se pide canje.*

*On demande l'échange.*

*Wir bitten um austausch.*

*Oni petas intersangam.*

*Si richiede lo scambio.*

Constituição, Economia e Desenvolvimento

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Programa de Pós-graduação em Direito.

Vol. 13, n. 25 (ago./dez. 2021) - Curitiba:

2021 Publicação semestral

ISSN 2177-8256

1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO: REVISTA  
ELETRÔNICA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO  
CONSTITUCIONAL

Editores Responsáveis: Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri

Editora Adjunta: Luís Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Ferneda

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br); [revista@abdconst.com.br](mailto:revista@abdconst.com.br)

Editoração: Ariê Scherreier Ferneda

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**CONSELHO EDITORIAL****Editores Responsáveis****Ilton Norberto Robl Filho**

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Adjunto da UFPR e permanente do Mestrado em Direito do IDP. Secretário Geral da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PR. Visiting Scholar na Universidade de Toronto - Canadá. Pesquisador Visitante no Max Plank Institut em Heidelberg - Alemanha. Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

**Flávio Pansieri**

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR e Presidente do Conselho Fundador da ABDConst. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Doutor em Direito pela USP.

**Luis Henrique Braga Madalena**

Doutorando em Direito pela UERJ. Mestre em Direito Público pela UNISINOS-RS. Especialista em Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito ABDConst. Coordenador Geral e Vice-Diretor Financeiro da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Editor Adjunto.

**Ariê Scherreier Fereda**

Mestranda pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Editora Adjunta.

**Membros do Conselho Editorial****Alexandre Walmott Borges**

Professor de mestrado em Direito e Gestão Organizacional da UFU - Universidade Federal de Uberlândia. Professor visitante do mestrado em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita F. Doutor em Direito pela UFSC - Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em História pela UFU - Universidade Federal de Uberlândia.

**Antonio Carlos Wolkmer**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu UNESC.

**Antônio José Avelãs Nunes**

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

**Cristiano Celone**

Professor associado de Direito Administrativo do Departamento de Direito da Universidade de Palermo e sócio fundador da Associação ítalo-brasileira dos Professores de Direito Administrativo e Constitucional (AIBDAC).

**Eroulths Cortiano Junior**

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR e Doutor em Direito pela UFPR.

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität, LMU, Alemanha.

**Luís Fernando Sgarbossa**

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR.

**Lenio Luiz Streck**

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISINOS e da UNESA. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa e Doutor pela UFSC.

**Marco Aurélio Marrafon**

Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR.

**Marcus Firmino Santiago da Silva**

Professor do Curso de Direito da UDF - Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

**Mario Antonio Roque Midón**

Ex-Presidente da Associação Argentina de Direito Constitucional. Prof. Titular de Direito Constitucional da UNNE – Argentina.

**Mariana Mota Prado**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

**Milena Petters Melo**

Professora da Universidade de Blumenau – FURB e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Lecce, UNISALENTO.

**Nicola Gullo**

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de Palermo, Itália.

**Priscila Machado Martins**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Valparaíso. Professora de Direito Processual Constitucional, Universidade de los Andes, Chile.

**Roberto Gargarella**

Professor da Universidade Torcuato Di Tella e da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

**Sabina Grabowska**

Professora de Direito na Universidade de Rzeszow, Polônia. Doutora pela universidade de Rzeszow e Pós-doutora pela Universidade de Dublin.

**CONSELHO DE PARECERISTAS DA REVISTA DA ABDCONST**

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco  
Aldo Muro Júnior  
Alexandre Coutinho Pagliarini  
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia  
Alexandre Hamilton Oliveira Santos  
Alexandre Morais da Rosa  
Alexandre Walmott Borges  
Alfredo Copetti  
Álvaro Borges de Oliveira  
Álvaro de Oliveira Azevedo Neto  
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci  
Ana Paula de Barcellos  
André Luiz Costa-Corrêa  
Andrea Boari Caraciola  
Ângela Issa Haonat  
Ângela Maria  
Antonio Baptista Gonçalves  
Antonio Celso Baeta Minhoto  
Antonio Gomes Moreira Maués  
Antonio Veloso Peleja Junior  
Balmant Emerique  
Beclaute Oliveira Silva  
Brandão Soares  
Bráulio de Magalhães Santos  
Caio Augusto Souza Lara  
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall  
Carlos Bolonha  
Carlos Victor Nascimento dos Santos  
Carolina Alves Vestena  
Cátia Rejane Liczbinski Sarreta  
Cavalcanti Ramalho  
Célia Barbosa Abreu  
Christiane De Holanda Camilo  
Cláudia Luiz Lourenço Claudio Gonçalves  
Munhoz  
Claudio Smirne Diniz Clodoaldo Moreira

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira  
Cristiane Helena de Paula Lima Cabral  
Daniel Francisco Nagao Menezes  
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis  
Daniela Rezende Oliveira  
Delmo Mattos da Silva  
Demetrius Nichele Macei  
Diana Carolina dos Santos Júnior  
Eduardo Antônio Klausner  
Eduardo Biacchi Gomes  
Eduardo Molan Gaban  
Eleonora Mesquita Ceia  
Eliana Franco Neme  
Eloi Martins Senhoras  
Emerson Gabardo  
Emilio Peluso Neder Meyer  
Eneas De Oliveira Matos  
Érico Hack  
Erivaldo Cavalcanti E Silva Filho  
Eroulths Cortiano Júnior  
Everton das Neves Gonçalves  
Ezilda Claudia de Melo F. M. Maciel  
Fábio Lima Quintas  
Fabrício de Assis Campos Vieir  
Fabrício Ricardo de Limas Tomio  
Fausto Santos de Moraes  
Fauzi Hassan Choukr  
Felipe Chiarello  
Fernando Hoffmam  
Fernando Nagib  
Flávia Danielle Santiago Lima  
Francisco de Assis do Rego M. Rocha Jr.  
Germano André Doederlein Schwartz  
Geziela Iensue  
Giovani da Silva Corralo  
Gisele Mascarelli Salgado

Guilherme Camargos Quintela  
Gustavo Almeida Paolinelli de Castro  
Gustavo Silveira  
Hamilton da Cunha Iribure Júnior  
Heder Carlos de Oliveira  
Heitor de Carvalho Pagliaro  
Henrique Napoleão Alves  
Henry Atique  
Ingo Wolfgang Sarlet  
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães  
Jackeline Fraga Pessanha  
Jacqueline de Souza Gomes  
Janaína Machado Sturza  
Jean Carlos Dias  
João Paulo Capelotti  
Jorge Jose Lawand  
José Carlos Buzanello  
José de Magalhães Campos Abrósio  
Jose Everton da Silva  
José Francisco de Assis Dias  
José Luiz Ragazzi  
José Renato Martins  
Josemar Sidinei Soares  
Josias Jacintho Bittencourt  
Juliana Cordeiro Schneider  
Julio Pinheiro Faro  
Jussara Maria Leal de Meirelles  
Katiucia Boina  
Leilah Luahnda Gomes De Almeida  
Leonam Liziero  
Leonardo Vieira Wandelli  
Lilian Márcia Balmant  
Livia Gaigher Bósio Campello  
Luana de Carvalho Silva Gusso  
Lucas Abreu Barroso  
Lucas Catib de Laurentiis

Lucas Gonçalves da Silva  
Luciana Costa Poli  
Luciana Fernandes Berlini  
Luciana Souza de Araujo  
Luciene Dal Ri  
Luis Fernando Sgarbossa  
Luis Gustavo G. Castanho de Carvalho  
Luis Renato Vedovato  
Luiz Claudio Araújo Coelho  
Luiz Eduardo Anesclar  
Luiz Ricardo Guimaraes  
Maraluce Maria Custodio  
Marcelo Henrique Nogueira Diana  
Marcelo Labanca C. de Araújo  
Marcelo Lamy  
Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes  
Márcia Jucá Teixeira Diniz  
Márcio Pugliesi  
Marco Antônio Ribeiro Tura  
Marco Aurélio Marrafon  
Marco Felix Jobim  
Marcos Alves da Silva  
Marcos Augusto Maliska  
Marcos Catalan  
Marcos Coelho  
Marcus Firmino Santiago  
Margareth Anne Leister  
Margareth Vetis Zaganelli  
Maria da Graça de Moraes Bittencourt  
Campagnolo  
Mário Ferreira Neto  
Martinho Martins Botelho  
Mateus de Oliveira Fornasier  
Micheli Pereira  
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas  
Milena Petters Melo Monica Bonetti Couto

Mônica Helena Harrich Silva Goulart  
Murilo Melo Vale  
Nelci Lurdes Gayeski Meneguzzi  
Nina Tricia Disconzi Rodrigues  
Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Paula Pessoa Pereira  
Paulo Ricardo Schier  
Paulo Sérgio da Silva  
Phillip Gil França  
Rafael de Oliveira Costa  
Rafael Silveira e Silva  
Rafael Tomaz De Oliveira  
Ribeiro Guedes  
Ricardo Aronne  
Ricardo Carneiro Neves Júnior  
Ricardo Serrano Osorio  
Rodrigo Fortunato Goulart  
Ronaldo Lindimar José Marton  
Samantha Ribeiro Meyer Pflug  
Sandra Sereide Ferreira da Silva  
Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli  
Sandro Marcelo Kozikoski  
Sandro Rogério Monteiro de Oliveira  
Saulo Bichara Mendonça  
Sebastião Neto  
Simone Tassinari Cardoso  
Sonia Barroso  
Sulamita Crespo Carrilho Machado  
Sylvio Alarcon  
Tiago Resende Botelho  
Túlio Lima Vianna  
Valencia Tello  
Valéria Cristina Pereira Furlan  
Valéria Silva Galdino Cardin  
Vanessa Oliveira Batista Berner

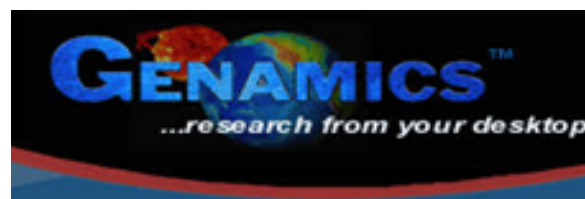
Vânia Beatriz Rey Paz  
Wagner Silveira Feloniuk  
Walter Guandalini Junior  
William Soares Pugliese



**PARECERISTAS QUE PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO**

ANDREA MARIA CARNEIRO LOBO  
BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA  
CAMILA SALGUEIRO DA PURIFICAÇÃO MARQUES  
FLÁVIO PANSIERI  
GEZIELA IENSUE  
GIOVANI DA SILVA CORRALO  
JANAINA RIGO SANTIN  
LAURA DEGASPARE MONTE MASCARO  
MATEUS BARBOSA GOMES ABREU  
MOTAURI DE SOUZA  
NATÁLIA BRASIL DIB  
PHILLIP GIL FRANÇA  
RENE SAMPAR  
ROSENDO FREITAS DE AMORIM  
THIAGO MIRANDA MINAGÉ  
WILLIAM SOARES PUGLIESE

## INDEXAÇÃO



Google Acadêmico

OJS  
OPEN JOURNAL SYSTEMS

**EDITORIAL**

Com grande honra apresentamos o número 25 (2021, v. 13, n. 25, ago./dez.) da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Essa nova edição publica pesquisas e ensaios de excelência, relevância e atualidade, encontrando-se também atenta à internalização e contando com a veiculação de textos de pesquisadores e professores de instituições italianas, argentinas e angolanas.

O primeiro eixo temático versa sobre **Estado Social, Políticas Públicas e Intervenção**.

O artigo intitulado “Decisão judicial, Estado Democrático de Direito e interesses econômicos: uma análise da relação entre direito e economia a partir do caso da ADI 5624”, das autoras Clarissa Tassinari e Letícia Tres Silvestri, investiga a influência de interesses econômicos nas decisões judiciais. Para tanto, as autoras discutem os argumentos de cunho pragmático que constituem a fundamentação dos votos dos Ministros do STF exarados no julgamento da ADI 5.624.

Em seguida, o texto “Gestão: sua influência no sucesso das autarquias em Angola”, dos autores Janísio C. Salomão e Patrícia Ortiz - ambos vinculados ao Instituto Superior Politécnico de Benguela, Angola -, analisa como a gestão pode influenciar no sucesso das autarquias em Angola, especialmente a partir da aprovação do pacote legislativo que reúne as propostas de leis sobre as eleições autárquicas no país.

Por sua vez, o trabalho “Legalidade da sociedade em conta de participação como técnica de captação de recursos para execução de contratos de parceria com a Administração Pública”, dos autores Bernardo Strobel Guimarães e Caio Augusto Nazario de Souza, conclui que a simples constituição de uma sociedade em conta de participação por parte do licitante é indiferente para o Poder Concedente, pois não altera a relação entre este e o concessionário.

A pesquisa intitulada “Análise de impacto regulatório e a busca pela eficiência na produção de leis em sentido estrito”, dos autores Bruno Bastos de Oliveira, Marcos Vinícius de Jesus Miotto e Fellipe Vilas Bôas Fraga, destaca a necessidade de adoção de um mecanismo de avaliação da regulação para possibilitar a concretização da eficiência e

da transparência da atividade regulatória desempenhada pelo Poder Legislativo.

Já o artigo intitulado “O controle judicial de políticas públicas de saúde do idoso na perspectiva da sustentabilidade em tempo de pandemia”, de autoria de Cesar Luiz Pasold e Roberta Terezinha Uvo Bodnar, avalia a necessidade de controle judicial de políticas públicas de saúde do idoso e, especialmente, sob a perspectiva da sustentabilidade em tempos de pandemia.

O texto “Acordos de mediação e perspectivas de aplicação da recente convenção de Singapura no Brasil”, das autoras Marília Pedroso Xavier, Juliana Leticia Suttilli Carniel e Ana Carolina Martinez Bazia, apresenta as medidas a serem adotadas para a efetiva integração da referida Convenção ao ordenamento jurídico no Brasil. Nada obstante a análise de compatibilidade da Lei de Mediação brasileira à Convenção de Singapura e a exposição dos desafios dos tribunais do país acerca da eventual execução dos acordos submetidos à Convenção, as autoras apresentam, ainda, algumas cautelas para minimizar os riscos envolvidos nos acordos fruto de mediação internacional.

Por fim, a pesquisa “A inconstitucionalidade da restrição à legitimidade de partidos políticos para a impetração de Mandado de Segurança coletivo na tutela de direitos difusos”, dos autores Ricardo Adelino Suaid, Thiago Ribeiro Franco Vilela e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, discorre sobre o papel dos Partidos Políticos no Estado Democrático de Direito e acerca da defesa dos direitos fundamentais transindividuais dos cidadãos por meio do mandado de segurança coletivo. Neste caminho, investiga a constitucionalidade da limitação prevista no artigo 21 da Lei 12.016/2009 diante da garantia estabelecida no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal.

O segundo eixo temático abrange as pesquisas acerca da **Jurisdição Constitucional entre Teoria e Prática**.

O trabalho acadêmico “Incorporación de la revocatoria de mandato en las constituciones de América Latina: ¿ampliando la democracia directa o reforzando el presidencialismo?”, de autoria de María Laura Eberhardt - Doctora en Ciencia Política (Escuela de Política y Gobierno) pela Universidad Nacional de San Martín em Buenos Aires, Argentina -, analisa o processo de incorporação da revogação de mandato nas constituições da Venezuela, Bolívia, Equador e Peru no período 1993-2009, demonstrando

seu real papel e impacto participativo no contexto das reformas.

O texto “A teoria dos poderes implícitos na determinação das competências constitucionais (legislativa e material) nos Estados Unidos e no Brasil: a trajetória constitucional para fundamentar os poderes de investigação do Ministério Público”, de autoria de Evandro Piza Duarte e Pedro Sousa, busca compreender como o Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte estadunidense aplicam a Teoria dos Poderes Implícitos aos casos que envolvem conflitos sobre competência legislativa e competência material.

De outro lado, o artigo intitulado “O foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal: as razões de uma ‘ciranda’ jurisprudencial”, de João Roberto Silva Ataíde e Ilton Norberto Robl Filho, tem por objetivo investigar as razões da intensa mutação de jurisprudência sobre o foro por prerrogativa, através do estudo de decisões que representaram quebras de paradigmas sobre o foro por prerrogativa.

O terceiro eixo temático enfrenta a relação entre **Sujeitos e Direitos: Potencial de Construções Críticas ao Constitucionalismo pelo Diálogo Comparado e Interdisciplinar.**

O artigo “Perspectiva de género y juicios por jurados: los mecanismos de control de sesgos y estereotipos de género en el juicio por jurados”, dos autores Natalina Stamile - Profesora en la Universidad Carlo Bo de Urbino, Itália - e Carlos Martin Villanueva - vinculado à Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina -, realiza uma análise dos mecanismos de controle de estereótipos e preconceitos de gênero implícitos em julgamento por júri na Argentina, bem como reflete sobre os resultados alcançados no exercício da função jurisdicional.

Em seguida, o trabalho intitulado “O *home* que virou *office*: saúde mental no meio ambiente do trabalho e o direito à desconexão no contexto de pandemia”, das autoras Norma Sueli Padilha e Poliana Ribeiro dos Santos, discute os impactos da pandemia na saúde mental dos trabalhadores devido à hiperconexão laboral, em virtude de os trabalhadores ficaram condicionados a dividir o seu próprio espaço residencial com as atividades laborais, transformando, assim, o seu local de descanso e desconexão em meio ambiente do trabalho.

Já o texto “Acesso global à imunização preventiva da COVID-19, saúde e

ambiente: dilemas de um ‘novo normal’”, das autoras Janaína Rigo Santin e Anna Garbert Nascimento, problematiza as desigualdades frente ao acesso do tratamento preventivo da COVID-19 em um contexto mundial. Nesse sentido, as autoras realizam um exame do projeto COVAX e a distribuição isonômica dos imunizantes para os países pobres.

Por fim, a pesquisa “Inteligencia Artificial: mesmos problemas, mas na versão Hi-Tech”, de autoria de Lenio Luiz Streck, Luísa Giuliani Bernsts e Jefferson de Carvalho Gomes, reflete sobre o uso de algoritmos para auxiliar os juízes na prestação jurisdicional. Todavia, ressaltam que, mesmo diante dos avanços promovidos pela tecnologia, não se pode abrir mão das justificações por princípio como trunfos em favor da democracia.

Reiteram-se os votos de excelente leitura!

**Ilton Norberto Robl Filho e Flávio Pansieri**

Editores Responsáveis da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**Luis Henrique Braga Madalena e Ariê Scherreier Ferneda**

Editores Adjuntos da Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

**SUMÁRIO****1 ESTADO SOCIAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERVENÇÃO****DECISÃO JUDICIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E INTERESSES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA A PARTIR DO CASO DA ADI 5624**

*JUDICIAL DECISION, DEMOCRATIC RULE OF LAW AND ECONOMIC INTERESTS: AN ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND ECONOMICS THROUGH THE CASE OF ADI 5624*

Letícia Tres Silvestri e Clarissa Tassinari ..... 19

**GESTÃO: SUA INFLUÊNCIA NO SUCESSO DAS AUTARQUIAS EM ANGOLA**

*MANAGEMENT: ITS INFLUENCE ON THE SUCCESS OF AUTHORITIES IN ANGOLA*

Janísio C. Salomão e Patrícia Ortiz ..... 39

**LEGALIDADE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO COMO TÉCNICA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PARA EXECUÇÃO DE CONTRATOS DE PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*LEGALITY OF THE PARTICIPATION ACCOUNT AS A FUNDRAISING TECHNIQUE FOR THE EXECUTION OF PARTNERSHIP AGREEMENTS WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION*

Bernardo Strobel Guimarães e Caio Augusto Nazario de Souza ..... 59

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NA PRODUÇÃO DE LEIS EM SENTIDO ESTRITO**

*ANALYSIS OF REGULATORY IMPACT AND THE SEARCH FOR EFFICIENCY IN THE PRODUCTION OF LAWS IN THE STRICT SENSE*

Bruno Bastos de Oliveira, Marcos Vinícius de Jesus Miotto e Felipe Vilas Bôas Fraga..... 82

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DO IDOSO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA**

*THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES FOR THE ELDERLY FROM THE PERSPECTIVE OF SUSTAINABILITY IN TIMES OF PANDEMICS*

Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Cesar Luiz Pasold ..... 111

**ACORDOS DE MEDIAÇÃO E PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA RECENTE CONVENÇÃO DE SINGAPURA NO BRASIL**

*MEDIATION AGREEMENTS AND PROSPECTS FOR THE APPLICATION OF THE RECENT SINGAPORE CONVENTION IN BRAZIL*

Marília Pedroso Xavier, Juliana Leticia Suttilli Carniel e Ana Carolina Martinez Bazia ..... 135

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À LEGITIMIDADE DE PARTIDOS POLÍTICOS PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA TUTELA DE DIREITOS**

*THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE RESTRICTION OF THE LEGITIMACY OF POLITICAL PARTIES FOR THE REQUEST OF A COLLECTIVE WARRANTY OF WARRANTY IN THE GUARDIANSHIP OF RIGHTS*

Ricardo Adelino Suaid, Thiago Ribeiro Franco Vilela e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira ..... 158

**2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE TEORIA E PRÁTICA**

**INCORPORACIÓN DE LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: ¿AMPLIANDO LA DEMOCRACIA DIRECTA O REFORZANDO EL PRESIDENCIALISMO?**

*INCORPORATION OF THE RECALL IN THE CONSTITUTIONS OF LATIN AMERICA: EXPANDING DIRECT DEMOCRACY OR REINFORCING PRESIDENTIALISM?*

María Laura Eberhardt ..... 182

**A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NA DETERMINAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS (LEGISLATIVA E MATERIAL) NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: A TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL PARA FUNDAMENTAR OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**



*THE IMPLIED POWERS DOCTRINE ON THE DETERMINATION OF CONSTITUTIONAL POWERS (LEGISLATIVE AND EXECUTIVE) IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND IN BRAZIL: THE CONSTITUTIONAL TRAJECTORY TO JUSTIFY THE BRAZILIAN DEPARTMENT OF JUSTICE'S INVESTIGATORY POWERS*

Pedro Sousa e Evandro Piza Duarte ..... 210

**O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AS RAZÕES DE UMA “CIRANDA” JURISPRUDENCIAL**

*THE FORUM BY PREROGATIVE IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE REASONS FOR A “CIRANDA” JURISPRUDENTIAL*

João Roberto Silva Ataíde e Ilton Norberto Robl Filho ..... 234

**3 SUJEITOS E DIREITOS: POTENCIAL DE CONSTRUÇÕES CRÍTICAS AO CONSTITUCIONALISMO PELO DIÁLOGO COMPARADO E INTERDISCIPLINAR**

**PERSPECTIVA DE GÉNERO Y JUICIOS POR JURADOS: LOS MECANISMOS DE CONTROL DE SESGOS Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN EL JUICIO POR JURADOS**

*GENDER PERSPECTIVE AND TRIALS BY JURIES: THE MECHANISMS OF CONTROL OF BIRTHS AND GENDER STEREOTYPES IN TRIAL BY JURIES*

Carlos Martin Villanueva e Natalina Stamile ..... 260

**O HOME QUE VIROU OFFICE: SAÚDE MENTAL NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO NO CONTEXTO DE PANDEMIA**

*THE HOME THAT BECAME OFFICE: MENTAL HEALTH IN THE WORK ENVIRONMENT AND THE RIGHT TO DISCONNECT IN THE CONTEXT OF A PANDEMIC*

Poliana Ribeiro Dos Santos e Norma Sueli Padilha ..... 292

**ACESSO GLOBAL À IMUNIZAÇÃO PREVENTIVA DA COVID-19, SAÚDE E AMBIENTE: DILEMAS DE UM “NOVO NORMAL”**

---

*GLOBAL ACCESS TO COVID-19'S PREVENTIVE IMMUNIZATION, HEALTH AND ENVIRONMENT: DILEMMAS OF THE "NEW NORMAL"*  
Janaína Rigo Santin e Anna Gabert Nascimento..... 313

**INTELIGENCIA ARTIFICIAL: MESMOS PROBLEMAS, MAS NA VERSÃO HI-TECH**  
*ARTIFICIAL INTELLIGENCE: SAME PROBLEMS, BUT IN HI-TECH VERSION*  
Lenio Luiz Streck, Luísa Giuliani Bernsts e Jefferson de Carvalho Gomes ..... 334

**DECISÃO JUDICIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E INTERESSES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA A PARTIR DO CASO DA ADI 5624**  
*JUDICIAL DECISION, DEMOCRATIC RULE OF LAW AND ECONOMIC INTERESTS: AN ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND ECONOMICS THROUGH THE CASE OF ADI 5624*

Letícia Tres Silvestri<sup>1</sup>Clarissa Tassinari<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho, tomando como ponto de partida a ideia de predadores do Direito (Streck), investiga a influência de interesses econômicos nas decisões judiciais. Como decisões judiciais fundamentadas em argumentos vinculados ao viés pragmatista da Análise Econômica do Direito (AED) podem representar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito constituído sob as bases de uma Constituição compromissória? Este é o problema de pesquisa que o texto enfrenta. Para realizar a análise proposta, são discutidos os argumentos pragmatistas que constituem a fundamentação dos votos dos Ministros do STF exarados no julgamento da ADI 5.624. A escolha desse caso se justifica, sobretudo, por se tratar de uma decisão que tem como tema a constitucionalidade da Lei nº 13.303 de 2016 – conhecida como Lei das Estatais –, cujos impactos se dão essencialmente nas esferas política e econômica. Sugere-se, com base na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, que os interesses econômicos põem em risco o compromisso da decisão judicial com a manutenção da integridade e da coerência que asseguram a responsabilidade política do julgador na efetivação da democracia.

**Palavras-chave:** Decisão Judicial; Análise Econômica do Direito; Pragmatismo; Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** The present work, taking as a starting point the idea of Law predators (Streck),

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pelo PPG Direito Unisinos/RS com bolsa CAPES/PROEX, Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS; Unisinos, São Leopoldo/RS. E-mail: [leticia3silvestri@gmail.com](mailto:leticia3silvestri@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7937071521462992>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1205-3479>.

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito (PPG Direito Unisinos/RS, com bolsa CAPES-PNPD), Doutora e mestre em Direito (PPG Direito da Unisinos/RS, com bolsas CNPq), Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da Unisinos/RS, Coordenadora do grupo de pesquisa GPolis – Direito, Política e Diálogos institucionais, Advogada; Unisinos, São Leopoldo/RS. E-mail: [clarissa@tassinari.adv.br](mailto:clarissa@tassinari.adv.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5065376917812503>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4437-9556>.

proposes to investigate the influence of economic interests in judicial decisions. How can judicial decisions based on arguments linked to the pragmatic bias of Economic Analysis of Law (EAL) may represent a threat to the Democratic Rule of Law founded on a compromissory Constitution? This is the research problem that the text aims to address. In order to carry out the proposed analysis, the pragmatist arguments that formed the basis for the votes of the STF Judges expressed in the judgment of ADI 5.624 will be discussed. The choice of this case is justified mostly because it is a judicial decision that has as its theme the constitutionality of Law nº 13.303 of 2016, known as the State-Owned Law, whose impacts are essentially in the political and economic spheres. It is suggested, based on the Streck's Hermeneutic Criticism of Law, that economic interests put at risk the commitment of the judicial decision with the maintenance of integrity and coherence that ensure the political responsibility of the judge in the effectuation of democracy.

**Keywords:** Judicial decision; Economic Analysis of Law; Pragmatism; Democratic Rule of Law.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Análise Econômica do Direito (AED) e o pragmatismo jurídico segundo Richard Posner; 3. O caso da Medida Cautelar na ADI 5.624 e os argumentos político-econômicos do STF; 4. O papel do Poder Judiciário na defesa da Constituição segundo a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo toma como ponto de reflexão inicial a concepção de predadores do Direito – a política, a moral e a economia –, que foram assim definidos pelo professor Lenio Streck:

O castelo erigido com o auxílio da política, da moral e da economia deve ser protegido dos predadores. A cavalaria da moral, a artilharia da política e a aviação da economia atacam, e devemos enfrentá-los com *snipers* epistêmicos. Direito é um fenômeno complexo. É atacado de fora e de dentro. (...) Uma derrota significa fragilização do direito e, por vezes, fim da própria democracia (RODAS, 2019, s.p.).

Não é novidade que as decisões judiciais são alvo de pressões políticas, midiáticas e religiosas, assim como de interesses econômicos. O Poder Judiciário não está imune à complexidade das relações que se estabelecem em nossa sociedade. No entanto, a racionalidade jurídica e a autonomia do Direito vêm sendo cada vez mais ameaçadas diante da adoção de racionalidades instrumentais, isto é, de juízos de valor tomados a partir de argumentos políticos, econômicos e morais (STRECK, 2019b, s.p.).

Nesse cenário, e a partir da ideia de predadores do Direito, este trabalho busca investigar mais detidamente a influência de interesses econômicos nas decisões judiciais. Propomo-nos a avaliar como decisões judiciais fundamentadas em argumentos vinculados ao viés pragmatista da Análise Econômica do Direito (AED) podem representar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. Partimos do pressuposto de que o Estado Democrático de Direito está constituído sob as bases de uma “Constituição compromissória que consagra textualmente a cooriginariedade entre Direito e moral” (STRECK, 2017, p.226).

Para dar conta da investigação proposta, o presente artigo foi dividido em três momentos. Na primeira parte, realizamos uma síntese das principais características da Análise Econômica do Direito. Posteriormente, verificamos de que forma a AED pretende dar subsídios para a fundamentação das decisões judiciais, utilizando como material de análise os argumentos político-econômicos retirados dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da ADI 5624. Por fim, discorremos sobre o papel do Poder Judiciário na defesa da Constituição a partir das formulações de Lenio Streck em sua Crítica Hermenêutica do Direito, analisando como interesses econômicos podem representar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

## **2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E O PRAGMATISMO JURÍDICO SEGUNDO RICHARD POSNER**

Surgida nos Estados Unidos na década de 60, a Análise Econômica do Direito se desenvolveu, primordialmente, a partir de três pilares teóricos que retomaremos ao longo desta seção: o realismo jurídico estadunidense, o pragmatismo filosófico e o “utilitarismo tingido de consequencialismo” (MILLARD e HEINEM, 2018, p.279). Além disso, possui influência das ideias de importantes teóricos, como Thomas Hobbes, David Hume, Adam Smith e Jeremy Bentham (MARTINS, 2017, s.p.).

Em relação ao realismo jurídico, a versão estadunidense que influenciou a AED surgiu na primeira metade do século XX e tem Oliver Wendel Holmes como seu principal representante. Em apertada síntese, os adeptos do realismo jurídico estadunidense entendem que os magistrados exercem uma atividade criativa sobre o Direito e focam sua atenção não no caráter estático da realidade jurídica, mas nas mudanças, na observação dos fatos sociais

a partir de uma atitude científica (HOLMES, 2007, p.336). Em consequência, concebem o direito como um meio para se atingir determinados objetivos sociais, criticam os conceitos jurídicos tradicionais e negam que o principal objeto de análise da Ciência do Direito seja o conjunto de regras jurídicas (STRECK, 2017, p.245).

Ainda que se subdivida em diversas correntes de pensamento, podemos afirmar que o principal expoente da Análise Econômica do Direito é o professor de Direito estadunidense Richard A. Posner, responsável por publicar, em 1973, a obra que sintetizou e aplicou de maneira acessível os fundamentos da microeconomia ao ensino do Direito<sup>3</sup>. Nos anos seguintes à publicação da referida obra, intitulada *Economic analysis of law*, o estudo da Análise Econômica do Direito rapidamente se disseminou entre as Faculdades de Direito estadunidenses, o que levou à elaboração de diversos textos de Análise Econômica do Direito voltados especificamente para o ensino do Direito e de forma a abranger todas as áreas do Direito (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.11).

A partir da metade da década de 70, o movimento da Análise Econômica do Direito também ganhou adeptos fora dos Estados Unidos, principalmente na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia. Ao mesmo tempo, dentro do cenário estadunidense, Posner e os defensores da AED passaram a enfrentar críticas de juristas das mais diversas correntes, desde jusnaturalistas, filósofos, liberais, assim como de economicistas de perfil neoclássico e da escola austríaca. Os críticos questionavam se a Análise Econômica do Direito poderia ser considerada efetivamente uma teoria do Direito, o que colocou no centro do debate compreender “se a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se é necessário, para precisar a noção de eficácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais” (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.12 e 16).

Posner defende a primeira posição, aproximando-se, assim, dos pressupostos utilitaristas – corrente mencionada anteriormente como um dos principais pilares teóricos da AED. Em outras palavras, o autor entende que o ganho de uma maioria em detrimento da perda de uma minoria justificaria a ideia de uma atribuição de direitos baseada em

---

<sup>3</sup> Além de Posner, também foram importantes precursores da Análise Econômica do Direito os professores Ronald H. Coase (Universidade de Chicago), com a publicação de *The Problem of Social Cost*, e Guido Calabresi (Yale), com *The Cost of Accidents*, assim como Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema e Oliver Williamson (SZTAJN, 2005, p.74).

considerações de eficácia ser a melhor para uma determinada coletividade. Isso porque Posner concebe as relações jurídicas desde uma perspectiva contratual, propondo que, mesmo em situações em que a relação de contratação não seja passível de ser aplicada (como, por exemplo, situações de responsabilidade civil que envolvam acidentes), se faça um juízo hipotético e se questione como os envolvidos teriam se comportado se tivessem a oportunidade de contratar. Posner sustenta, nessa lógica, que “os valores a serem maximizados são o produto social medido conforme a capacidade e a vontade de pagar das pessoas reveladas nas transações voluntárias”, mesmo que para isso seja necessário considerar um contrato hipotético (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015, p.12).

A Análise Econômica do Direito guarda, então, uma profunda relação com a ideia de eficiência. As normas jurídicas são pensadas para se tornarem cada vez mais eficientes, o que implica que sua formulação compreenda algum tipo de análise econômica que possibilite a maximização de resultados. O elemento econômico ganha centralidade na formulação das normas jurídicas porque parte-se do pressuposto que, se as pessoas agem racionalmente<sup>4</sup>, haverá uma melhor resposta a incentivos externos que sejam elaborados de forma a estimular comportamentos que correspondam a um sistema de prêmios e punições<sup>5</sup>. Assim, entendendo a legislação como um estímulo externo, a Análise Econômica do Direito prevê que o sistema será mais eficiente a medida que as normas positivadas forem mais aderentes às instituições sociais (SZTAJN, 2005, p.75).

A Escola de Chicago – corrente da Análise Econômica do Direito da qual Posner faz parte<sup>6</sup> – busca aplicar tanto conceitos econômicos quanto a econometria na quantificação dos efeitos das normas positivadas. Esse método é utilizado, inclusive, em áreas do Direito em que os efeitos patrimoniais das relações pessoais costumam ser considerados como

---

<sup>4</sup> Nas palavras de Posner (1986, p.3): “*The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions — what we shall call his ‘self-interest’.*”

<sup>5</sup> Posner (1986, p.4) explica que: “*The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives — that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.*”

<sup>6</sup> Além da Escola de Chicago, são correntes da Análise Econômica do Direito a Escola de Yale, a Escola da *Public Choice*, a Escola da Economia Institucional e a Escola da Nova Economia Institucional (SZTAJN e ZYLBERSZTAJN, 2005, p.77).

secundários, o que seria o caso do Direito de Família. Por exemplo, enquanto alguns juristas entendem que as regras relativas à adoção são esquemas puramente de solidariedade, Posner “considera possível a existência de mercado em que seriam negociados Direitos parentais”. Em outras palavras, a Análise Econômica do Direito propõe a precificação até mesmo das relações de afeto, pois considera como valores ou preços a serem pagos não somente a expressão monetária, mas também a gratidão ou o poder (SZTAJN, 2005, p.79-80).

A teoria de Posner se configura, primordialmente, como pragmatista. Não admite que os métodos de investigação e decisão do Direito estejam associados a uma teoria moral. Posner critica os juristas que estabelecem uma aproximação entre filosofia do direito e filosofia moral, pois entende que os magistrados devem agir pragmaticamente, formulando suas respostas a partir das ciências sociais, do senso comum, dos valores pessoais e profissionais, da intuição e da opinião. Dessa forma, a Análise Econômica do Direito se aproxima muito mais de uma análise sociológica-descritiva do Direito e se coloca em oposição às matrizes que se propõe a pensar o Direito a partir de um referencial filosófico-reflexivo – tal como o faz Dworkin (ABBOUD e OLIVEIRA, 2015, p.150).

O rechaço de Posner às concepções filosóficas do Direito também se expressa na própria noção de pragmatismo adotada pelo autor. Ele critica o que denomina como “*philosophical pragmatism*” (pragmatismo filosófico), isto é, uma corrente de autores que se preocupa com conceitos, que problematiza a correspondência entre linguagem e realidade e que se propõe a refletir sobre a real pertinência das questões por eles debatidas. Posner, diferentemente, concebe o pragmatismo como uma ferramenta que serve para fundamentar decisões políticas a partir de fatos e consequências concretas. Ele define essa noção de pragmatismo como “*pragmatic adjudication*”, a qual podemos qualificar, então, como uma abordagem pragmática antiteórica<sup>7</sup> da decisão judicial que possui uma acentuada preocupação com as consequências dela decorrentes (POSNER, 1999, p.227).

Apesar de criticar o pragmatismo filosófico, Posner não o rejeita por completo. Na verdade, como mencionado anteriormente, o pragmatismo filosófico é um dos três pilares

---

<sup>7</sup> Sobre pragmatismo antiteórico ver: FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial**. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.



teóricos que permitiram o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito. E Posner reconhece que há uma importante relação entre os dois tipos de pragmatismos que cumpre um papel central na formação de juízes menos dogmáticos e tendencialmente mais pragmatistas:

Philosophical pragmatism and pragmatic adjudication are not completely unrelated. The tendency of most philosophical speculation—and it is what makes philosophy, despite its remoteness from quotidian concerns, a proper staple of college education in a liberal society—is to shake up a person’s presuppositions. A judge or lawyer who reads philosophy or (more likely) is reminded of the reading he did as a student may feel the presuppositions that define his professional culture shift beneath him. Philosophy, especially the philosophy of pragmatism, incites doubt, and doubt incites inquiry, making a judge less of a dogmatic, more of a pragmatic or at least open-minded, adjudicator. (POSNER, 1999, p.227-228)

Uma das principais críticas que o pragmatismo recebe, segundo Posner, é a ausência de uma orientação moral. No entanto, o autor entende que essa recusa a uma teoria moral é justamente um dos principais passos para se caminhar em direção à reformulação da teoria jurídica e política. Posner sustenta que o pragmatismo serve para demonstrar a impossibilidade de se utilizar teorias abstratas para orientar e condicionar ações políticas e judiciais. Para ele, teorias que estabeleçam consensos morais e políticos não podem servir como limitantes para a ação política. Se aceitarmos que uma sociedade é moralmente heterogênea e que possui uma pluralidade de objetivos e preferências, então, defende Posner, concluímos que a ação política somente deve ser restringida por fatores psicológicos, profissionais e institucionais (POSNER, 2003, p.55-56).

Por outro lado, ainda que a “*pragmatic adjudication*” seja hostil à ideia de usar teorias morais e políticas para a tomada de decisões judiciais, essa abordagem não rejeita completamente o uso de teorias. Por ter uma orientação empirista, o pragmatismo posneriano é receptivo, por exemplo, a teorias que orientem a pesquisa empírica. Isso não significa, entretanto, que somente os fatos de cada caso sejam pertinentes. A abordagem judicial pragmática também considera como um fator relevante as consequências sistêmicas da decisão. Ainda assim, somente em situações excepcionais os impactos sistêmicos vão ser o principal fator decisório para um juiz pragmatista. As circunstâncias específicas do caso é que costumam determinar o processo decisório (POSNER, 2003, p.59).

Dessa forma, o principal critério de uma decisão judicial pragmática é a razoabilidade. Isso significa sopesar não apenas as consequências específicas da decisão, mas também o conjunto de disposições legais, a pertinência de manter precedentes e diversas outras considerações que, para Posner, são impossíveis de serem enumeradas. Em síntese, o juiz pragmatista é aquele que coloca a experiência acima da lógica. E, justamente por isso, Posner entende que, apesar de colocar ênfase nas consequências, a “*pragmatic adjudication*” não é uma forma de consequencialismo. O juiz pragmatista, ao orientar sua decisão a partir da ideia de razoabilidade, não é obrigado a levar em consideração todas as possíveis consequências de suas decisões (POSNER, 2003, p.60-64).

Por fim, em relação especificamente aos precedentes, Posner (1999, p.241) explica que “*pragmatist judges always try to do the best they can do for the present and the future, unchecked by any felt duty to secure consistency in principle with what other officials have done in the past*”. Portanto, a razoabilidade como critério orientador da decisão judicial pragmatista implica que o juiz não se sinta obrigado a manter uma coerência entre a sua decisão e casos anteriormente julgados. Na “*pragmatic adjudication*” o juiz somente decidirá de acordo com um ou mais precedentes se isso representar o melhor método para se produzir os melhores resultados para o futuro. Em outras palavras, a abordagem pragmática posneriana não concebe a adesão a precedentes como um dever ético, mas sim como uma necessidade justificada e voltada para o futuro (POSNER, 2003, p.60).

### **3. O CASO DA MEDIDA CAUTELAR NA ADI 5.624 E OS ARGUMENTOS POLÍTICO-ECONÔMICOS DO STF**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624/DF foi ajuizada pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEE) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT). Com pedido cautelar, a ação tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do texto da Lei nº 13.303 de 2016. A lei atacada, conhecida como Lei das Estatais, foi promulgada com vistas a regulamentar o art. 173, §1º, da CF<sup>8</sup>, dispositivo que trata do estatuto das empresas

---

<sup>8</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional

públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

A Lei nº 13.303 também foi impugnada por meio de outras três ADIs – 5.846/DF, 5.924/MG e 6.029/DF –, as quais foram distribuídas por dependência. O Min. Relator Ricardo Lewandowski determinou, então, o julgamento conjunto de todas as ações nos autos da ADI 5.624, tendo em vista que se encontrava em estágio mais avançado de julgamento em relação às demais, além de apresentar maior abrangência.

Em 27 de junho de 2018, a medida cautelar foi concedida em parte pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, *ad referendum* do Plenário do STF. A decisão cautelar conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016<sup>9</sup>, nos seguintes termos: (i) sempre que se tratar de alienação de controle acionário, a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa; (ii) a licitação somente pode ser dispensada quando a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas não importem a perda de controle acionário.

O Plenário do STF, reunido para julgamento em 6 de junho de 2019, terminou por referendar apenas em parte a medida cautelar concedida pelo Ministro Relator. Diante de uma longa votação com muitas divergências de posicionamentos<sup>10</sup>, o Presidente Min. Dias Toffoli precisou costurar um voto médio para dar fim ao caso. A decisão final do Plenário resultou na seguinte redação:

No mérito, em razão de voto médio, referendar, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, *caput*, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação

---

ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).”

<sup>9</sup> “Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”.

<sup>10</sup> Em síntese, os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin e Marco Aurélio votaram pelo referendo total da cautelar; os Ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente) se manifestaram pelo referendo parcial; e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello decidiram não referendar a medida cautelar.

do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade. (BRASIL, 2019, p.2)

Como visto, foi debatido em sede de cautelar especificamente o art. 29, caput, inc. XVIII da Lei nº 13.303/2016, sendo a discussão focalizada em dois pontos centrais: (i) necessidade de autorização legislativa e (ii) de licitação para alienação do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. De forma geral, os Ministros concordaram que a alienação do controle acionário das empresas públicas e sociedades de economia mista exigem tanto autorização legislativa quanto licitação. No entanto, divergiram amplamente sobre a aplicação dessas condicionantes à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas.

A complexidade do caso sob análise se deve ao fato de envolver juízo de constitucionalidade sobre tema de grande controvérsia não somente jurídica, mas também político-econômica. Ainda que a decisão do STF esteja fundamentada em pressupostos estritamente jurídicos, seu teor impacta diretamente nos planos governamentais para exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Tanto é assim que a mídia anunciou o resultado do julgamento como uma vitória para o governo Bolsonaro na flexibilização de regras para a comercialização de estatais (EXAME; G1; JOTA; JORNAL DO BRASIL, 2019).

Para além do controle de constitucionalidade, também questões político-econômicas permearam os votos dos Ministros. O trecho a seguir, retirado do voto do Min. Luiz Fux, ilustra bem a preocupação manifestada por alguns Ministros com as consequências, impactos ou repercussões do julgamento da Medida Cautelar na ADI 5.624:

O tema em análise traz consigo profundas **repercussões** político-econômicas. Não se pode perder de vista que a insegurança jurídica que hoje permeia a aplicação e higidez constitucional da Lei das Estatais pode obstaculizar o livre atuar dessas empresas no mercado, justamente num contexto de crise econômica que demanda maior confiabilidade e atratividade no proceder da Administração Pública. (...) Especificamente no que concerne ao objeto da liminar concedida nas ADIs em análise, vislumbram-se potenciais **impactos** nos planos de desinvestimento já em

progresso, em detrimento do planejamento gerencial das estatais e das decisões institucionais aprovadas pelos respectivos conselhos de administração e/ou assembleia-geral de acionistas (BRASIL, 2019, p.174, grifos nossos).

No voto exarado pelo Min. Luís Roberto Barroso encontramos trecho em que o próprio magistrado explicita a utilização de argumentos pragmatistas. O Ministro sopesa circunstâncias políticas atreladas à atuação do Congresso Nacional para avaliar os impactos econômicos da decisão judicial sobre as atividades das empresas estatais e sociedades de economia mista. Veja-se:

Ora, submeter ao regime das empresas privadas não pode – com respeito pelas compreensões diferentes - significar exigência de lei para vender ações, mesmo que signifique o controle, porque, pura e simplesmente, isso não se aplica na iniciativa privada. Imaginem - e aqui passando para o **plano pragmático** - o custo de transação que haveria se, a cada operação relevante de venda de ações de uma subsidiária de empresa estatal, precisasse ser obtida do Congresso Nacional uma autorização, sendo que o Congresso tem **circunstâncias políticas** que não correspondem às **necessidades econômicas da empresa**. Portanto, há uma total assimetria nessa relação e acho que uma não pode estar (BRASIL, 2019, p.110, grifos nossos).

Ainda em relação ao voto do Min. Barroso, destacamos a utilização de argumentos pragmático-empiristas. O trecho reproduzido a seguir demonstra que o magistrado fez uso de dados acerca de um caso específico – anúncio público da venda da TAG<sup>11</sup> – para fundamentar seu posicionamento acerca da dispensabilidade de licitação no caso de alienação do controle acionário de subsidiárias de empresas públicas e sociedades e economia mista. Dito de outra maneira, o Ministro consubstanciou seu juízo de constitucionalidade acerca do art. 29, caput, inc. XVIII da Lei nº 13.303/2016 em fontes empíricas. Veja-se:

E verifiquei, Presidente, do material apresentado pela Petrobras, de indagações que eu mesmo formulei, que, após o anúncio público da venda da TAG, apareceram 87 empresas interessadas na aquisição. Dessas empresas que obtiveram as informações, 28 apresentaram propostas preliminares. E, depois, 3 grandes consórcios fizeram propostas finais, tendo vencido a proposta de R\$ 8,6 bilhões, que era, embora não houvesse um preço mínimo especificado, superior à avaliação interna de R\$ 7,5 bilhões. (...) Portanto, considero que houve uma competição, que se realizou a melhor contratação que o mercado ofereceu no momento da venda.

---

<sup>11</sup> Transportadora Associada de Gás S.A.

Logo, ainda que não se tenha seguido à risca a Lei nº 8.666, a minha posição é a de que houve um certame competitivo, baseado em uma exceção prevista em lei e regulamentado de maneira satisfatória por um decreto (BRASIL, 2019, p.113).

Após a conclusão do voto do Min. Barroso, o Relator Min. Ricardo Lewandowski faz um esclarecimento que é acolhido pelo Presidente Min. Dias Toffoli. Ambos os magistrados referem que os argumentos utilizados pelo Min. Barroso sobre o caso da TAG e sua relação com o processo licitatório da Lei nº 8.666 não estão sob análise no julgamento da ADI 5.624. Ações de controle normativo abstrato como uma ADI não compreendem, pelo menos em tese, apreciação de casos específicos. Veja-se:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Presidente, pela ordem. (...) Louvo o Ministro Luís Roberto Barroso pelo excelente voto que traz ao Plenário para reflexão, mas apenas um esclarecimento. Em nenhum momento, em meu voto, eu disse que se deve aplicar a Lei 8.666, apenas um processo licitatório, seja aquele previsto na Lei 9.491/1997, seja o do Decreto 1.091/1994, e esta é uma questão que nós vamos ver depois, na reclamação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): (...) É importante o esclarecimento do Relator. O caso específico da TAG, objeto da reclamação em que foi concedida liminar pelo Ministro Luiz Edson Fachin com base na cautelar que estamos discutindo, não está em julgamento nessas ações diretas, porque elas são ações de controle normativo abstrato (BRASIL, 2019, p.115).

Em resposta ao Presidente Min. Dias Toffoli, o Min. Barroso manifesta expressamente que está considerando as repercussões políticas da decisão ao fundamentar seu posicionamento. Veja-se:

Eu acredito - se me permite só mais um brevíssimo comentário - que, no fundo, **nós estamos travando um debate político disfarçado de discussão jurídica**, que é a definição de qual deve ser o papel do Estado e quem deve deliberar sobre este papel no Brasil atual. Eu acho que é uma decisão do Executivo. Eu creio que há uma legislação que autoriza esse encaminhamento. E penso - esse já é um debate político - que nós vamos ter que superar esse fetiche do Estado protagonista de tudo e criar um ambiente com mais sociedade civil, mais livre iniciativa, mais movimentos sociais e menos Estado e governo, salvo para as redes de proteção social a quem precisa e a prestação de serviços públicos de qualidade. Mas esse é o **debate ideológico subjacente** (BRASIL, 2019, p.116, grifos nossos).

Por fim, destacamos trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, em que o magistrado utiliza argumentos pragmatistas para fundamentar seu posicionamento acerca da possibilidade de flexibilização do princípio da licitação. Conforme passagem transcrita a

seguir, o Ministro desenvolve raciocínio sobre as estratégias econômicas por trás do art. 29, inciso XVIII, da Lei nº 13.303/2016 para justificar a possibilidade de se dispensar a licitação no caso de alienação de ações de empresas públicas e sociedades e economia mista. Veja-se:

Também nesse contexto de transformações na política de desestatização, a Lei 13.303/2016 objetivou conferir tratamento diferenciado aos processos de desinvestimento de empresas estatais. A promulgação da norma teve como pano de fundo o diagnóstico de que a atuação dessas entidades deveria ser revista no cenário nacional, considerando o alto grau de endividamento dessas empresas e, em muitos casos, o seu baixo nível de eficiência e competitividade. A norma impugnada na presente ADI deve ser interpretada considerando tal contexto. (...) Para dar maior celeridade e flexibilidade aos processos de desinvestimentos de empresas do estado foi prevista a fórmula de licitação dispensável contida no art. 29, inciso XVIII, da Lei 13.303/2016. (...) Conforme reporta a abalizada doutrina de Alexandre Santos de Aragão, o processo de desinvestimento de empresas estatais perpassa escolhas estratégicas que muitas vezes vão além do mero aspecto financeiro. Daí porque faria sentido admitir-se uma flexibilização do princípio da licitação nessas situações (BRASIL, 2019, p.208-209).

Através dos trechos transcritos vimos exemplos de argumentos pragmatistas político-econômicos utilizados para fundamentar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Como demonstrado, esses argumentos aparecem de diversas formas: impactos da decisão, fontes empíricas de fundamentação, debate político-ideológico subjacente ao caso, motivações estratégico-econômicas envolvidas. No tópico a seguir analisaremos como esses argumentos pragmatistas de cunho político-econômico representam uma ameaça ao papel de guardião da Constituição atribuído ao STF por nossa Magna Carta.

#### **4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO SEGUNDO A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK**

Ortodoxia constitucional talvez seja uma das expressões que melhor defina a postura adotada por Lenio Streck ao desenvolver a Crítica Hermenêutica do Direito. Streck entende que decisões judiciais não podem ser teleológicas, pois isso seria admitir que a atividade judicial deve ser exercida segundo a consciência do juiz, suas ideologias e interesses políticos envolvidos. Para Streck, o Direito é mais do que isso. Se compreendemos que Direito significa (ou, pelo menos, pretende ser significado de) garantia, então a decisão judicial deve ser tomada por princípios e não por políticas. Em outras palavras, os princípios

constitucionais devem ser concebidos desde uma perspectiva deontológica, isto é, reconhecidos enquanto padrões normativos que fortalecem a autonomia do Direito (STRECK, 2015a, s.p.).

Em entrevista concedida a Pedro Canário sobre o caso Demóstenes, Streck explica as implicações de se defender que os tribunais devem decidir por raciocínios morais políticos (tese de que os princípios são teleológicos) ou por princípios (tese de que os princípios são deontológicos):

Para entender a primeira tese (de que os princípios são teleológicos), é necessário entender exatamente a segunda concepção, que é a de que os princípios são deontológicos. Essa tese é sustentada, entre outros, por Jürgen Habermas. Ele sabe – pois concorda expressamente com Dworkin nesse ponto – que os princípios recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política. Vale dizer: não é uma regra que oferece um “teste de pedigree” que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores. Isto é, os princípios funcionam pelo código lícito-ilícito. Nessa perspectiva, princípios são normas *stricto sensu*. São um “dever ser”. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Ou seja, princípios não são valores. Dizendo de outro modo: tratar princípios teleologicamente é submeter direitos e garantias a um cálculo de custo e benefício, dispensando a sua obrigatoriedade e condicionando-os a pontos de vista parciais. Consequentemente, se analisarmos o caso [*provas colhidas contra Demóstenes*] em questão de forma “teleológica”, corremos o risco de aceitar respostas finalísticas, onde “os fins buscados (acabar com a impunidade, eficácia no combate à corrupção)” podem justificar os meios (CANÁRIO, 2012, s.p.).

Compreender os princípios como deontológicos significa que os tribunais devem julgar por princípios e, se for o caso, devem decidir contramajoritariamente. Assim, considerando que a Constituição se configura como um remédio contra maiorias, seu sentido e sua razão de ser somente são respeitados se os princípios nela contidos forem concebidos deontologicamente. Decidir por políticas e não por princípios é colocar argumentos morais, políticos e econômicos acima da lei e da Constituição; é legitimar uma Teoria Política do Poder em detrimento de uma Teoria do Direito (STRECK, 2019b, s.p.).

A Crítica Hermenêutica do Direito problematiza tanto a teoria quanto a prática do Direito, assim como a distância existencial entre esses dois campos. Segundo essa matriz, a teoria não nasce isolada num universo hermético, é inevitável que a teoria se alimente em



alguma medida do mundo prático. A prática tão pouco existe por conta própria, muito pelo contrário, é articulada num universo interpretativo. A Crítica Hermenêutica busca demonstrar a importância da teoria para “organizar os sentidos” e “projetar um horizonte”, compreendendo assim, que “a ambição descritiva não pode sufocar a prescritiva”. Trata-se de construir as condições epistêmicas para que as decisões judiciais não sejam resultado de opiniões pessoais, influências políticas, econômicas ou midiáticas, mas, sim, fruto do respeito à normatividade da Constituição (STRECK, 2015b, s.p.).

Dizer que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de fundamentos morais, políticos ou econômicos não é o mesmo que afirmar que o Direito está imune de elementos morais, políticos e econômicos. Muito pelo contrário. Somente podemos ter direitos assegurados “em um Estado em que os direitos são respeitados; e o fundamento para respeitá-los é, sim, moral”. Ao fim e ao cabo, o Direito nada mais é que o resultado daquilo que os integrantes de determinada comunidade política entendem como correto. Ele é a síntese das conflitividades morais, políticas e econômicas de determinada sociedade. Portanto, as discussões morais devem preceder o Direito. Quando o Direito está posto, está dada a síntese dessas conflitividades, o que significa que a moral não pode retornar para “corrigir quaisquer deficiências” do Direito (STRECK, 2014, s.p.).

Permitir que a moral interfira no Direito já posto significa romper com o sistema moral previamente concebido, sistema que garante que os direitos sejam respeitados. Em outras palavras, é justamente a incorporação da moral o que fundamenta os princípios orientadores da aplicação do Direito. No trecho a seguir, Streck define de forma precisa o que é o Direito e sua relação com a moral:

Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas Leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o Direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) –, não podem vir a corrigi-lo (STRECK, 2018, p. 1).

A partir de um olhar dworkiniano, Streck explica que há uma correlação entre política

– entendida como poder administrativo – e o Direito. Por um lado, o Direito presta legitimidade à política; por outro, a política é que garante coercitividade ao Direito. Cabe ao Direito restringir a política em defesa dos direitos das minorias, estabelecendo o limite das decisões contra majoritárias. Dessa forma, se considerado como um empreendimento público, o Direito é essencialmente político. No entanto, no que concerne ao discurso judicial, cumpre lembrar que não devem ser debatidas questões políticas em sentido estrito, isto é, aquelas que se manifestam a partir de raciocínios teleológicos. No momento da aplicação e concretização do Direito, como já dito anteriormente, devem prevalecer as questões de princípio – deontológicas – e não de política – teleológicas (STRECK, 2012, s.p.).

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que, quando os Ministros do STF utilizam argumentos pragmatistas de cunho político-econômico, como no caso da ADI 5.624 anteriormente analisado, estão julgando a partir de argumentos de política. Isso significa que os Ministros estão utilizando juízos teleológicos para fundamentar suas interpretações da Constituição. No momento em que o pragmatismo posneriano rejeita o uso de teorias morais na orientação do processo de tomada de decisão judicial, ele está abrindo espaço para que a moral, através da subjetividade do juiz, venha determinar o conteúdo do Direito já posto.

Conforme definições utilizadas por Streck, o pragmatismo jurídico é uma teoria “anti-hermenêutica” que termina por colocar o Direito em “constante estado de exceção hermenêutico”. No pragmatismo, a produção democrática do Direito fica em segundo plano, cabendo ao juiz tomar a decisão “cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais”. A lei se configura apenas como mais um elemento dentre os vários recursos, incluídos também aqueles extrajurídicos, que estão à disposição do juiz para interpretar a lei com vistas a atender as necessidades sociais presentes e futuras. A decisão pragmatista, portanto, não tem um compromisso com aquilo que foi decidido no passado ou com a manutenção da integridade e da coerência lógica do sistema jurídico (STRECK, 2017, p.225).

Importante esclarecer que quando Streck fala em integridade e coerência do Direito, ele está fazendo referência a Dworkin. O jusfilósofo estadunidense compreende o Direito como uma atividade que permite, diante da divergência, encontrar a melhor interpretação

possível para determinada controvérsia e, assim, chegar-se a uma resposta correta. Em outras palavras, resolve-se a divergência a partir da melhor justificação, concebida como a interpretação capaz de articular coerentemente todos os elementos que compõe o Direito, como regras, princípios, precedentes etc. (DWORKIN, 2001, p.119-123).

Nessa perspectiva, a coerência e a integridade são os elementos que, no caso da decisão judicial, vão assegurar que casos diferentes sejam julgados com igual consideração. Enquanto a coerência determina que o julgamento de casos semelhantes deve guardar uma consistência lógica entre si, a integridade se configura como uma garantia contra arbitrariedades interpretativas na medida em que coíbe o emprego de dois pesos e duas medidas na decisão judicial. A Crítica Hermenêutica do Direito utiliza e amplia essa tese de Dworkin, defendendo que “o Direito não pode ser o campo das incertezas (dos relativismos), e que nele (e em toda a nossa experiência) há sempre algo anterior que nos vincula, direciona nosso olhar” (STRECK, 2017, p.34-35).

Diante do exposto, a integridade e a coerência são os elementos que nos permitem falar em responsabilidade política do julgador na efetivação da democracia. As posturas pragmatistas, ao darem enfoque para a vontade/poder do juiz, promovem a instrumentalização do Direito e afastam as perspectivas de integridade e coerência. Assim, decisões judiciais tomadas com base em argumentos pragmatistas de cunho político-econômico acabam enfraquecendo a autonomia do Direito. Para Streck, a Análise Econômica do Direito “se insere no conjunto de discursos predadores do Direito (e de sua autonomia), ao lado da política e da moral” (STRECK, 2018, p.107).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir de reflexão gerada pela ideia de predadores do Direito – cunhada por Streck –, o presente artigo buscou investigar as ameaças que interesses econômicos podem representar à tomada de decisões judiciais dentro de um Estado Democrático de Direito constituído sob as bases de uma Constituição. Num primeiro momento, discorreremos sobre a Análise Econômica do Direito e, em seguida, analisamos os argumentos pragmatistas de cunho político-econômico que constituíram a fundamentação dos votos dos Ministros do STF exarados no julgamento da ADI 5.624.

Com base na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, concluímos que a preservação do Estado Democrático de Direito exige reconhecer, antes de tudo, que o Direito está fundado em uma Constituição compromissória que consagra textualmente a cooriginariedade entre Direito e Moral. Isso significa que as decisões judiciais devem se dar por princípio e não por políticas, isto é, a interpretação do Direito deve se dar deontologicamente. As posturas pragmatistas em geral, e a Análise Econômica do Direito em específico, representam a utilização de argumentos teleológicos que, quando aplicados às decisões judiciais, enfraquecem a autonomia do Direito. Os interesses econômicos põem em risco, portanto, o compromisso da decisão judicial com a manutenção da integridade e da coerência que asseguram a responsabilidade política do julgador na efetivação da democracia.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624 - Distrito Federal. Repte(s): Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (FENAEF) e Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (CONTRAF/CUT). Intdo(a/s): Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 6 de junho de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5093069>. Acesso em: 03 fev. 2020.

CANÁRIO, Pedro. “Direito não pode ser corrigido por valores morais”. **Consultor Jurídico**, 02 abri. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>. Acesso em: 05 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. New York: Oxford University Press, 2001.

**EXAME**: STF permite venda de subsidiárias de estatais sem aval do Congresso. Brasília, 06 jun. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/stf-permite-venda-de-subsidiarias-de-estatais-sem-aval-do-congresso/>. Acesso em: 03 fev. 2020.

**G1**: STF proíbe privatização de estatais sem aval do Congresso, mas permite venda de

subsidiárias. Brasília, 06 jun. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/06/stf-julgamento-privatizacao-estatais.ghtml>. Acesso em: 03 fev. 2020.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law (Apêndice). In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence: the legacy of Oliver Wendell Holmes Jr.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

**JOTA**: Os julgamentos mais importantes do STF em 2019. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/os-julgamentos-mais-importantes-do-stf-em-2019-24122019>. Acesso em: 03 fev. 2020.

**JORNAL DO BRASIL**: STF está em sintonia com o governo, diz Bolsonaro sobre privatização de estatais. Rio de Janeiro, 07 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jb.com.br/pais/2019/06/1003702-stf-esta-em-sintonia-com-o-governo--diz-bolsonaro-sobre-privatizacao-de-estatais.html>. Acesso em: 03 fev. 2020.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial. **Consultor Jurídico**, 23 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>. Acesso em: 05 fev. 2020.

MARTINS, José Eduardo F. A. Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça social. **Consultor Jurídico**, 10 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opiniao-analise-economica-direito-meio-justica-social>. Acesso em: 04 fev. 2020.

MILLARD, Eric; HEINEN, Luana R. A Análise Econômica do Direito: um olhar empirista crítico. **Economic Analysis of Law Review**, v.9, n.1, p.277-284, jan.-abr. 2018.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little Brown and Cy, 1986.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RODAS, Sérgio. Para investigar epidemia que assola o Direito, Lenio traça 6 modelos de professor. **Consultor Jurídico**, 22 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-22/lenio-traca-modelos-professor-investigar-epidemia-direito>. Acesso em: 05 fev. 2020.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Coord.), **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STRECK, Lenio L. Quando o Direito só serve para dizer o que é "feito" fazer. **Consultor Jurídico**, 05 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feito>. Acesso em: 05 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. O Direito está nas ruas, na lei ou na consciência? **Consultor Jurídico**, 26 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-26/senso-incomum-direito-ruas-lei-ou-consciencia>. Acesso em: 05 fev. 2020

STRECK, Lenio L. “Salvo pela lei, morto pela moral”: como devem decidir os juízes? **Consultor Jurídico**, 16 out. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>. Acesso em: 05 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. O que é decidir por princípios? A diferença entre a vida e a morte. **Consultor Jurídico**, 06 ago. 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>. Acesso em: 05 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito. **Consultor Jurídico**, 10 nov. 2015b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>. Acesso em: 05 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da teoria crítica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio L. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio L. Ideologizar o Direito dá nisso: aplicar o óbvio da lei vira absurdo. **Consultor Jurídico**, 21 mar. 2019a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/senso-incomum-ideologizar-direito-nisso-aplicar-obvio-lei-vira-absurdo>. Acesso em: 05 fev. 2020.

STRECK, Lenio L. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**. 26 dez. 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 05 fev. 2020.

*Data da submissão: 22/03/2021*

*Data da primeira avaliação: 14/06/2021*

*Data da segunda avaliação: 11/08/2021*

*Data da aprovação: 11/08/2021*

**GESTÃO: SUA INFLUÊNCIA NO SUCESSO DAS AUTARQUIAS EM  
ANGOLA***MANAGEMENT: ITS INFLUENCE ON THE SUCCESS OF AUTHORITIES IN  
ANGOLA***Janísio C. Salomão<sup>1</sup>****Patrícia Ortiz<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Com a aprovação do pacote legislativo que reúne as propostas de leis sobre as eleições autárquicas em Angola no dia 21 de Maio do ano de 2018, o país entrou numa velocidade cruzeiro para a realização das primeiras eleições autárquicas. Destarte, surgem uma série de indagações que necessitam ser minuciosamente refletidas e acauteladas para que a sua implementação ocorra sem sobressaltos. O presente artigo visa analisar como a gestão pode influenciar no sucesso das autarquias em Angola. Ao longo do presente trabalho procura-se descrever a importância da gestão nas organizações, identificando de que forma ela pode influir no sucesso das autarquias, bem como analisa-se as melhores práticas para que através de autores e estudiosos na matéria, se consiga obter uma gestão de sucesso. Trata-se de uma investigação empírica, do tipo descritiva. Proceder-se a uma análise documental, pautando-se em fontes primárias e secundárias relevantes para à construção e embasamento do referido estudo. As questões relacionadas com o subdesenvolvimento, as assimetrias locais, a qualidade dos recursos humanos e a correcta gestão e/ou aplicação dos recursos constituem preocupações prementes para que as autarquias em Angola seja um sucesso. Nota-se que, as reflexões em torno das autarquias em Angola, têm tido como ponto nevrálgico o “gradualismo”, seja ele funcional ou territorial, descartando-se da temática como a “gestão” que no entender dos autores, deve ser o cerne da questão pois, por mais que as autarquias possuam recursos sejam materiais, humanos ou financeiros, se não existir correcta gestão, as expectativas serão goradas.

**Palavras-chave:** Gestão; Autarquias; Autarquias em Angola; Gestão por Resultados.

**ABSTRACT:** With the approval of the legislative package that brings together the proposals for Laws on Municipal elections in Angola on May 21, 2018, the country entered a cruising speed for the first municipal elections, thus, a series of questions arise that , need to be carefully reflected and taken care of so that their implementation takes place smoothly. This article aims to analyze how management can influence the success of municipalities in Angola. Throughout this work, we seek to describe the importance of management in

<sup>1</sup> Mestre em Administração de Empresas, Instituto Superior Politécnico de Benguela. E-mail: [janisio.salomao@ispbenguela.com](mailto:janisio.salomao@ispbenguela.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3367-7117>.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências da Educação, Instituto Superior Politécnico de Benguela. E-mail: [patricia.ortiz@ispbenguela.com](mailto:patricia.ortiz@ispbenguela.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8172-6801>.

organizations, we identify how it can influence the success of municipalities and we present the best practices so that, through authors and scholars in the field, successful management can be achieved. It is an empirical investigation, of the descriptive type. A documentary analysis is carried out, where they proceeded - recourse to relevant primary and secondary sources for the construction and foundation of the afore mentioned study. Issues related to underdevelopment, local asymmetries, the quality of human resources and the correct management and/or application of resources are pressing concerns for local authorities in Angola to be a success. It is noted that reflections on local authorities in Angola have had "gradualism" as a crucial point, whether functional or territorial, discarding the theme as "management" which, in the authors' view, should be the core of the question because, as much as the municipalities have resources, whether material, human or financial, if there is no correct management of them, expectations will be frustrated.

**Keywords:** Management; Municipalities; Municipalities in Angola; Management by Results.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Gestão, Tipos e Características; 3. Tipos De Gestão; 4. Autarquias; 5. Autarquias em Angola; 6. Influência da Gestão nas Organizações; 7. Gestão de Sucesso como alcança-la nas Autarquias; 7.1 Características do Modelo GPR; 7.2 Modelos de Gestão por Resultados (GPR); 7.2.1 Orçamento Orientado Para Resultados; 7.2.2 Administração Por Objectivos (APO); 7.2.3 Contrato de Gestão 8. Prestação de Contas E Responsabilização (Accountability); 9. Considerações finais; 10. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a aprovação do pacote legislativo que reúne as propostas de leis sobre as eleições Autárquicas em Angola no dia 21 de maio do ano de 2018, o país entrou numa velocidade cruzeiro para a realização das primeiras eleições aprazadas inicialmente para o ano de 2020, destarte, surgem uma série de indagações que, necessitam serem minuciosamente refletidas e acauteladas para que, a sua implementação ocorra sem sobressaltos.

Um estudo que visa refletir em torno da gestão, e como ela pode influenciar nas autarquias em Angola é de todo imperioso, pois o sucesso das autarquias está intrinsecamente relacionado com a forma que ela (autarquia) será gerida. Angola vive períodos sem precedentes relativamente a forma como foi gerido o erário público e concomitantemente a administração da máquina do estado nos últimos 16 anos.

As questões relacionadas com as assimetrias locais, a qualidade dos recursos humanos e a correcta gestão e/ou aplicação dos recursos constituem preocupações prementes



para que a implementação das autarquias em Angola seja um sucesso.

Nota-se que, as reflexões mais recentes realizadas em torno das autarquias em Angola, tiveram e ainda possuem como ponto neurálgico o “gradualismo”, seja ele funcional ou geográfico descartando-se temática como a “gestão” que ao entender dos autores deste trabalho, deve ser o cerne da questão pois que, por mais recursos que as autarquias venham a possuir, sejam eles materiais, humanos ou financeiros, se não existir correcta gestão dos mesmos, as expectativas criadas em torno das autarquias, acabaram por serem goradas.

O presente artigo tem como objectivo geral, analisar como a gestão pode influenciar no sucesso das autarquias em Angola. Os objectivos específicos consistiram:

1. Descrever os fundamentos teóricos relacionados com o tema;
2. Identificar de que forma a gestão pode influir nas organizações;
3. Analisar as melhores práticas para obter uma gestão de sucesso.

O estudo é não experimental, descritiva, do tipo exploratório-bibliográfico, procedeu-se a uma análise documental, com recursos a fontes primárias e secundárias relevantes para à construção e embasamento do referido estudo.

## **2. A GESTÃO, TIPOS E CARACTERÍSTICAS**

Etimologicamente a palavra “gestão” provem do latim “gestione” refere-se à acção e ao efeito de gerir ou de administrar.

O termo gestão vem ganhando maior destaque ultimamente num mundo completamente adverso, marcado por crises cíclicas em que as organizações são rapidamente obrigadas a adaptar-se.

A gestão pode ser definida como acção ou efeito de gerir ou administrar, Luft (2001). Houaiss e Villar (2001) no dicionário de língua portuguesa *Houaiss*, definem gestão como o acto ou efeito de gerir, administrar, cuidar, executar e/ou praticar ou ainda exercer gerência sobre alguma coisa.

Confunde-se o termo gestão muitas das vezes com administração, mas existem autores que defendem que o termo gestão é mais abrangente e pode ser aplicado tanto para organização pública ou privada.

Dias (2002, p.2), afirma que, o “termo administração perdeu o seu status e cedeu

parte de seu lugar para a gestão. Porém, quando se questiona as pessoas sobre o que é um termo e o outro, surgem as dificuldades da delimitação de ambos”.

Por seu turno, Serra (2015, p.2), realça que “a gestão incorpora a administração e faz dela mais uma das funções necessárias para seu desempenho. A verdade é que a gestão se tornou um grande aglutinado de conhecimentos das mais variadas áreas do saber”.

Hoje, com as actuais mudanças organizacionais, fica mais claro que o desempenho de um gestor exige muito mais que administração. As funções do gestor são em princípio de fixar as metas a alcançar através do planeamento, analisar e conhecer os problemas a enfrentar, solucionar os problemas, organizar recursos financeiros, tecnológicos, ser um comunicador, um líder, ao dirigir e motivar as pessoas, tomar decisões precisas e avaliar, controlar o conjunto todo.

Rodriguez (2010) define a gestão sendo a forma em que os relacionamentos entre as pessoas acontecem, na busca de um objectivo comum.

Para Barbará (2008, p.14) define gestão como “um conjunto de actividades coordenadas para dirigir e controlar um grupo de pessoas e instalações com responsabilidade, autoridade e relações bem definidas”.

Gestão pode também ser depreendida como o processo de conseguir obter resultados (bens ou serviços) com o esforço de outros. Pressupõem a existência de uma organização, isto é, varias pessoas que desenvolvem uma actividade em conjunto para melhor atingirem objectivos comuns.

De acordo os conceitos acima referenciados, se pode concluir que, a gestão é um conjunto de actividades interligadas e que deve permear todos os processos empresariais, interagindo no planeamento, implementação, medição, avaliação e monitoramento desses processos podendo evoluir ou simplesmente sucumbir. Consideramos que o termo gestão tornou-se bastante abrangente nos dias de hoje, tornando – se multifacetada e multidimensional.

A gestão tem entre suas funções: planeamento, organização, direcção e controlo. No caso do planeamento é o processo de determinar antecipadamente o que deve ser feito e como fazê-lo. Organização por sua parte envolve a coordenação e combinação de recursos humanos, físicos e financeiros para que se produzam bens ou serviços que sejam

simultaneamente procurados e que possam ser oferecidos a um preço que possa ser pago.

A direcção é a função administrativa que conduz e coordena as pessoas na execução das actividades planeadas e organizadas. O controlo é o processo de comparação do actual desempenho da organização, com valores e metas previamente defendidas, apontando as eventuais ações corretivas.

### **3. TIPOS DE GESTÃO**

Gestão se desmembra em vários tipos, atendendo a critérios diferentes: podem ser: tradicional, moderna e contemporânea gestão financeira, gestão de recursos humanos, gestão de segurança privada, entre outros, (BARBARÁ, 2008).

Outros autores (SERRA, 2002 & DIAS, 2015) coincidem nos seguintes tipos de gestão: gestão administrativa, gestão de recursos humanos, gestão de projectos, gestão do conhecimento, gestão ambiental, gestão social, gestão financeira, gestão autárquica etc.

A gestão em termos gerais, tem como características:

- Participação
- Capacitação;
- Envolvimento;
- Desenvolvimento.

### **4. AUTARQUIAS**

A palavra autarquia é origem grega "autárkeia" que significa comandar a si mesmo. É o tipo de governo em que uma pessoa ou um grupo de pessoas concentram o poder sobre uma nação. Autarquia é quando o Estado tem total autonomia sobre si próprio, é auto-suficiente.

Autarquia, é, pessoa jurídica de direito público de capacidade exclusivamente administrativa.

Amaral (2006, p.6), realça que autarquia é uma “pessoa jurídica de direito público, integrante da administração indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de carácter económico, sejam próprias e típicas do Estado”, assim considerando como autarquia.

Por fim, Figueiredo (2016, p.10) salienta que, autarquia é, “a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controlo administrativo exercido nos limites da lei”.

Então é óbvio que a Autarquia é o serviço autónomo, criado por lei, jurídica, património e receita próprios, para executar actividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento. As autarquias representam uma extensão da administração directa, realizando actividades do Estado.

Medauar (1999), afirma que as autarquias se caracterizam por possuírem personalidade jurídica própria, sendo assim, sujeitos de direitos e encargos, por si próprias. Caracterizam-se ainda por possuírem património e receita própria o que significa que os bens e receitas das autarquias não se confundem, em hipótese alguma com os bens e receitas da Administração directa a que se vinculam, sendo estas geridas pela própria autarquia.

De acordo a Constituição da República de Angola (CRA):

As autarquias locais são pessoas colectivas territoriais correspondentes ao conjunto de residentes em certas circunscrições do território nacional e que asseguram a prossecução de interesses específicos resultantes da vizinhança mediante órgãos próprios representativos das respectivas populações. (CRA, 2010, p. 82)

Pode-se depreender que o conceito de autarquia encerra em si a existência de um ente com personalidade jurídica, e que possui autonomia administrativa, financeira e patrimonial, com a finalidade de satisfazer as necessidades de uma determinada colectividade.

## **5. AUTARQUIAS EM ANGOLA**

A implementação das autarquias em Angola é uma premissa constitucional, consagrado na CRA desde o ano de 2010 (MEDAUAR, 1999); apesar disto, a sua materialização nunca chegou a ocorrer. De referir que, a anterior CRA de 1992 já consagrava o princípio das autarquias locais no seu artigo 146.º

A autonomia local compreende o direito e a capacidade efectiva das autarquias locais gerirem e regulamentarem, nos termos da Constituição e da lei, sob sua responsabilidade e

no interesse das respectivas populações, os assuntos públicos locais, (Artigo nº 214, n.º 1 CRA, 2010).

A organização e o funcionamento das Autarquias Locais, bem como a competência dos seus órgãos, são regulados por lei, de harmonia com o princípio da descentralização administrativa.

No artigo 218 da Constituição da República de Angola, estabelece a organização das Autarquias: Organizam-se tendo em conta as especificidades culturais, históricas e o grau de desenvolvimento, podem ser constituídas autarquias de nível supramunicipal.

A lei pode ainda estabelecer, de acordo com as condições específicas, outros escalões inframunicipais da organização territorial da Administração local autónoma.

Feijó (2001, p.66) realça que, apesar de um quadro constitucional que respeite na sua organização a existência de instituições locais e autónomas assentes nos princípios da “descentralização e da autonomia”, o poder autónomo dos entes de governo subnacional não está institucionalizado na prática.

Volvidos 18 anos, começa –se a debater o assunto sobre as autarquias em Angola com acuidade, e destarte, são lançadas as sementes/bases para a sua efectivação.

No pretérito dia 21 de maio do ano de 2018, o Conselho de Ministros da República de Angola, apreciou o pacote Legislativo sobre as Autarquias Locais, e o mesmo, foi igualmente submetido a consulta pública no período de 01 de junho a 31 de julho, um período de duração de 2 (dois) meses.

A realização das primeiras eleições autárquicas encontrava-se aprazadas para o ano de 2022, ficando apenas por saber se será realizada em todo território nacional, ou em alguns municípios previamente identificados, tendo em atenção o princípio do gradualismo (CRA, 2010, artigo 242.º).

Béu realça que,

A materialização das autarquias em Angola, é um imperativo incondicional para que haja descentralização do poder e maior fluidez dos serviços. Esta descentralização trará consigo muitas melhorias não só no que tange ao funcionamento dos serviços prestados pelas instituições públicas mas permitirá também a participação da população nas questões económicas e políticas, haverá uma melhor distribuição dos bens e serviços, melhor liberdade de expressão, entre outros (BÉU, 2017, p. 358)

Rocha destaca:

Angola é possivelmente o País Africano mais centralizado – quer olhemos para o sistema político, administrativo ou financeiro. É excepcional a centralização financeira, se verificarmos como a receita fiscal angariada localmente é recolhida pelo Ministério das Finanças e depositada na Conta Único do Tesouro (CUT) – tal como é excepcional a maneira como o investimento público é dirigido da capital do país. Uma das consequências, bastante provável, mas não inevitável, é a formidável concentração em Luanda das despesas públicas correntes e do investimento público. (ROCHA, 2010, p. 24)

A implementação das autarquias em Angola, é sem sombra de dúvidas um dos ingredientes necessários imprescindíveis para a melhoria da condição de vida dos cidadãos, pois melhor do ninguém apenas eles saberão o que os aflige, quais as suas principais necessidades, no entanto, julgamos também por outro lado, torna –se imperioso que os principais gestores (autarcas) possuam conhecimentos necessários para garantir o alcance dos objectivos preconizados, pois nem sempre uma descentralização traduz –se na melhoria de condições de vida dos cidadãos.

No entanto, Lisboa defende:

A descentralização não é um objectivo em si mesmo, e a questão não se limita em ter autarquias apenas por ter, mas, sim, como desenhá-la, como conformá-la, e, em última instância, que modelo de descentralização adoptar. Porém, no seu entender, o sucesso da descentralização em Angola dependerá em grande medida do modo como for desenhado (LISBOA, 2018, p. 18)

## **6. INFLUÊNCIA DA GESTÃO NAS ORGANIZAÇÕES**

Amaral (2006, p.481) afirma que as autarquias locais são pessoas destintas do Estado. “Elas não fazem parte do Estado, não são o Estado, não pertencem ao Estado. São “entidades independentes” e completamente destintas do Estado embora possam por ele ser fiscalizadas, controladas ou subsidiadas”.

Tomamos como âncora a tese apresentada por Amaral para afirmar que a autarquia é uma “organização”: “A organização é um sistema planejado de esforço cooperativo no qual cada participante tem um papel definido a desempenhar e deveres e tarefas a executar”. (CURY, 2000, p. 116).

A organização é um artefacto que pode ser abordado como um conjunto articulado de pessoas, métodos e recursos materiais, projetado para um dado fim e balizado por um conjunto de imperativos determinantes (crenças, valores, culturas etc.) (MEIRELES, 2003, p. 46).

Restrepo e Ângulo (1992) enfatizam que as organizações são unidades particulares formadas para atingir fins específicos, dirigidos por um poder que estabelece uma forma de autoridade que determina o status e o papel dos membros da organização.

O conceito de organização pode aqui ser encarado na forma como se dispõe um sistema para atingir os resultados pretendidos, podendo variar de acordo a finalidade que se propõe.

Pois tal conforme destaca Etzioni (1989), existem muitas organizações que, simultaneamente e legitimamente, têm dois ou mais objectivos, isto é, possuem finalidades múltiplas; deixando claro que a organização deve ser vista como uma unidade social que procura atingir objectivos específicos, sendo estruturada para tal. Sob uma perspectiva estruturalista, as organizações são intencionalmente construídas e reconstruídas.

Cury (2000) classifica as Organizações segundo três critérios: Flexibilidade, Complexidade e Evolução Histórica.

A **autarquia** é sem dúvida uma organização cuja finalidade de reveste na satisfação das necessidades da colectividade, e para tal, necessita de reunir um conjunto de recursos e, estejam acima de tudo comprometidos com o alcance de objectivos, destarte, deve pautar o seu funcionamento em normas, princípios e regras de gestão.

Falar de **gestão** pressupõe falar de um **gestor** que normalmente é o responsável pelo sucesso ou insucesso da organização.

De acordo Drucker (2007), muito dos insucessos das organizações são frutos de uma gestão ineficaz, sendo intrinsecamente relacionadas com o líder.

A forma como é gerida uma organização influenciará sem sombra de dúvida no sucesso da respectiva organização. Hoje em dia um dos grandes desafios é gerir uma equipa que consiga alcançar os resultados preconizados. Para tal o gestor necessita de ser habilidoso para conseguir fazer a correcta dosagem dos recursos colocadas à sua disposição.

## **7. GESTÃO DE SUCESSO COMO ALCANÇÁ-LA NAS AUTARQUIAS**

A criação e implementação de autarquias locais e a realização de eleições autárquicas é um processo complexo e sensível em qualquer país, ainda mais em Angola, dada a realidade política, histórica, mas também a situação económica e financeira que atravessa actualmente.

Não existe uma fórmula mágica em **gestão** que conduza ao sucesso. A verdade é que todas as organizações almejam alcançar o sucesso, mas poucas conseguem. A gestão de sucesso requer a combinação de uma série de factores para sua efetivação.

Uma gestão da administração local não exige apenas uma outra racionalidade económica (CANOTILHO, 2000). Ela passa pela mudança de postura na administração autárquica, tal como na administração central, visando um serviço público de qualidade com eficiência, eficácia, economicidade e flexibilidade, sendo fundamental a inovação através da criação de novas condições de interação entre a tecnologia e as dimensões sociais, económicas e culturais, tendendo a uma desburocratização dos serviços e aproximação aos cidadãos.

É ainda necessária, uma reestruturação que melhor responde à satisfação das necessidades dos munícipes e ao nível operacional ou técnico, é preciso novas técnicas de gestão dos recursos, sendo que no tocante aos Recursos Humanos, há que se olhar para os problemas relativos à motivação, avaliação, remuneração e produtividade (BILHIM, 2004).

Igualmente o sucesso das Autarquias em Angola depende de uma série de condimentos que devem necessariamente serem colocados em cima da mesa ou ponderados, na altura da sua implementação, de entre os quais destacaram-se os seguintes:

**Qualidade e Gestão dos Recursos Humanos** (1) colocados à disposição do Gestor. Os recursos humanos são vistos hodiernamente como um dos maiores recursos que as organizações possuem, pois são responsáveis pela materialização dos propósitos definidos pela organização. O sucesso das autarquias em Angola dependerá de certa forma da qualidade recursos humanos afectos/disponíveis nas autarquias; de outro modo, uma correcta gestão dos recursos humanos pode igualmente, fazer toda a diferença no sucesso e insucesso das autarquias.

De acordo Ivancevich (2007) “cada vez mais as organizações consideram a gestão de Recursos Humanos como um “centro de lucros” e não apenas como um “centro de



custos”.

Num mundo em constantes mutações em que a exigência pela prestação de um serviço de qualidade torna-se imperioso, exige indubitavelmente recursos humanos a altura das exigências.

Outrossim, é importante que o Gestor (autarca) saiba manejar correctamente os recursos humanos colocados à sua mercê, promovendo um bom ambiente organizacional, à cultura da meritocracia, invista na capacitação permanente dos recursos humanos, permita o feedback, de modos que os colaboradores directos efectuem críticas construtivas quando os erros forem cometidos pelas equipas.

**Introdução de métodos de Avaliação de desempenho (2).** Nesse sentido, Drucker (1986) já dizia que “não se pode gerir o que não se consegue medir”. Já parou para perguntar quanto produz um funcionário/colaborador dentro da tua organização? A avaliação de desempenho é uma das ferramentas preponderantes que nos ajuda a fornecer esta informação, é sem dúvida essencial na gestão de pessoas.

A tarefa de gerir pessoas não é tão linear quanto parece, pois é importante analisar profundamente o contexto organizacional, nomeadamente no que diz respeito as relações, comportamentos e competências técnicas dos profissionais ao dispor da entidade. Esta análise deve ser realizada anualmente, de forma a ajustar as características profissionais dos trabalhadores. (PEREIRA, 2010, p. 22)

Avaliação de desempenho, tornou –se uma ferramenta que auxilia o gestor na tomada de decisões sobre medidas relativas aos colaboradores, nomeadamente: o desempenho dos funcionários relativamente as funções acometidas, avaliar se os objectivos definidos pela organização foram ou não alcançados, identificar o grau de contribuição de cada colaborador na organização, quais as razões que concorreram para tal facto, se o funcionário necessita ou não de formação, promoção ou desenvolvimento profissional ou se a remuneração encontra-se desajustada, promover o autodesenvolvimento dos colaboradores. É uma ferramenta que permite trazer alguma justiça social, na forma como o autarca poderá avaliar os seus colaboradores directos.

**Planejamento Estratégico (3).** Trata-se de todo o processo de criação e execução de uma estratégia para alcançar objectivos dentro da organização. Desde a definição das metas,

até às tomadas de decisão, mobilizações e efetivas ações para alcançar o que se propôs com foco no sucesso da autarquia.

O planeamento entra com a metodologia (os meios), enquanto a estratégia aparece com a parte criativa, de análise e decisão.

Este plano pode ser feito anualmente; ou com uma proposta mais a longo prazo, como de três a cinco anos; ou até mesmo mensalmente. Tudo irá depender do que quer alcançar com a sua organização no momento.

Afinal, se o gestor sente que está ficando para trás, que a concorrência esteja chegando perto ou tem alguma meta específica, seja para alavancar os objectivos ou se diferenciar com uma nova ação, não tem que se deixar para depois

Assim que entender o que é planeamento estratégico, poderá (aliás, deverá) utilizá-lo imediatamente na hora em que mais precisar.

Para cumprimentar com as metas traçadas poderá ter em conta as etapas do planeamento estratégico:

- Avaliação de ambiente
- Elaboração da estratégia
- Desenvolvimento do plano de execução
- Envolvimento das pessoas

Assim sendo ao finalizar essas etapas será capaz de ter as condições para a implementação da Gestão por Resultados (GpR).

Por fim, **Implementação de uma Gestão por Resultados (GpR)** (4). O termo Gestão para Resultados (GpR) é uma variante da teoria da Administração por Objectivos (ApO) implementada por Peter Drucker. A GpR eclodiu no sector privado, mas acabou por alargar-se também para o sector público. Contribuiu para reflexões de assuntos relacionados com a necessidade de melhoria da qualidade, eficiência e eficácia dos serviços públicos bem como o desempenho dos servidores e organizações públicas.

Segundo Gomes (2009, p.17), “o modelo de Gestão para Resultados é uma das principais recomendações da Nova Gestão Pública. Ele seria focado na efectividade da política pública, na flexibilização das normas e procedimentos, e na melhoria da eficiência e accountability do Estado.”

A GpR é um modelo vantajoso pois permite que as organizações adotem um modelo que traz maior flexibilidade nos processos, melhor relacionamento e motivação entre os colaboradores de uma organização.

É uma forma de administrar, em que todos os profissionais/colaboradores da organização têm como foco principal os **resultados**.

## 7.1 CARACTERÍSTICAS DO MODELO GPR

A aplicação desse conceito traz algumas características essenciais de entre as quais destacamos as seguintes:

A responsabilidade colectiva (1): Todos os colaboradores são responsáveis pelos resultados alcançados pela autarquia, independente das diferentes funções que cada um assume, incluindo as oportunidades desperdiçadas ou mesmo perdas. Existe uma envolvimento colectiva na definição dos objectivos, e igualmente os esforços despendidos são reconhecidos.

Integração de todas as áreas da organização (2): As diversas unidades de negócios deverão contribuir com cada uma de suas tarefas específicas, mas deverão trabalhar juntas, de maneira integrada e voltadas para resultados em comum. Assim sendo, as relações entre líderes e liderados são mais próximas, com uma troca de informações mais fluída.

Resultados – e não processos (3): Apesar de existirem diretrizes a cumprir, não existe rigidez no seu cumprimento de tais acções. O foco continua a ser os resultados preconizados e não os processos ou procedimentos utilizados pelas autarquias.

Tal conforme destacou Garces e Silveira (2002, p. 56), entende-se por resultado “a solução de um problema ou o atendimento de demanda da sociedade - mensurados pela evolução de indicadores no período de execução do programa, possibilitando, assim, avaliação objectiva da atuação do governo”.

## 7.2 MODELOS DE GESTÃO POR RESULTADOS (GPR)

Actualmente são variadíssimos os modelos de GpR existentes. Dos modelos apresentados por Paludo (2013) destacaremos apenas 3 (três) modelos de gestão por resultados:

1. Sistema Orçamentário orientado para resultados;

2. Administração por objectivos;
3. Contrato de gestão.
4. Prestação de Contas e Responsabilização (accountability)

### **7.2.1 Orçamento Orientado Para Resultados**

O orçamento por resultados abandona as práticas incrementais em prol de uma visão voltada para a eficiência na alocação de recursos, transformando o orçamento num instrumento vigoroso, capaz de promover a sinergia e obter melhores resultados organizacionais (PALUDO, 2013).

Faria (2010) realça que o núcleo conceitual do Orçamento por Resultados se assenta sobre a ideia básica de que a informação sobre o desempenho de órgãos, agências e programas deve ser desenvolvida, integrada ao processo orçamentário e – principalmente – utilizada como elemento relevante do processo de tomada de decisão.

Paludo (2013, p. 608) afirma que o orçamento por resultados reforça a confiança das instituições estabelecidas e melhora a aceitação dos governos, contribui tanto para o desenvolvimento socioeconómico da nação, tanto para a eficiência, eficácia e efectividade da gestão pública.

### **7.2.2 Administração Por Objectivos (APO)**

Conforme Drucker (1986), na administração por objectivos (APO) cada membro da organização contribui com algo diferente, mas todos devem contribuir para um objectivo comum. Seus esforços devem puxar todos na mesma direção, e suas contribuições devem ajustar-se conjuntamente para produzir um todo, sem lacunas, sem atritos e sem duplicação desnecessária de esforços.

Neste modelo o desempenho do gestor é avaliado em função da sua contribuição no alcance dos resultados e sucesso da organização previamente definidos.

O gestor (autarca) deve entender quais as principais demandas dos liderados e quais são as metas esperadas em termos de desempenho, e os órgãos que o superintendem devem saber avaliar e exigir. Se esses requisitos não forem cumpridos significa que os gestores são mal direccionados e seus esforços são desperdiçados (DRUCKER, 1986).

A administração por objectivos (APO) é um sistema de administração que vincula objectivos e metas organizacionais com o desempenho individual, em todos os sectores. O planeamento organizacional precede a definição dos objectivos e da estratégia, com a finalidade de incorporar a racionalidade na actuação administrativa (PALUDO, 2013).

Drucker (1986) ainda explica que uma organização deve realizar esforços para tornar sua gestão focada em objectivos. O autor explica que uma organização, por sua natureza, contém quatro factores que podem desviá-la dos objectivos:

- A especialização do trabalho da maioria dos gestores;
- A estrutura hierárquica; as diferenças na visão de trabalho e a consequente;
- Isolação dos diversos níveis da organização; e finalmente;
- A estrutura de remuneração dos gestores.

### **7.2.3 Contrato De Gestão**

O Contrato de Gestão teve origem na segunda metade da década de 60 na França. Na altura surgem dois modelos de gestão: Contrato de Plano, com aplicação a órgãos da administração directa e o Contrato de Serviços aplicado a empresas públicas.

No ano de 1979 este instrumento ganha um novo impulso na Inglaterra, através da introdução de uma nova experiência de gestão. Os ingleses estavam em busca de uma transformação que fosse mais durável nas formas de gestão da Administração Pública.

Modesto (2010, p.6) denominou o contrato de gestão, entre o Poder Executivo e órgãos da administração como “um contrato de autonomia”, ou seja, um acordo de gestão. Como norma legal especial, ele defende que: “a lei pode tratar diferentemente entidades e órgãos que assinem Contratos de Gestão”.

Os contratos de gestão surgem então como um instrumento que permite maior controle administrativo dos gestores, uma vez que, os objectivos e metas são previamente fixadas, tornando –se assim, um importante elemento no monitoramento e comprometimento dos agentes e dirigentes, além de traduzir –se numa efectiva ampliação da competência pública.

Paludo (2013) explica que o “contrato de gestão se aproxima da administração por objectivos. Nele as instituições firmam compromisso para o alcance de objetivos e recebem

um orçamento global para custear a realização das actividades”.

É um dos mecanismos para permitir melhor controlo dos recursos alocados em função dos objectivos definidos, fazendo com que os desvios orçamentais se verifiquem em proporções significativas.

## **8. PRESTAÇÃO DE CONTAS E RESPONSABILIZAÇÃO (ACCOUNTABILITY)**

O termo *accountability* é de origem Anglo-saxónica, e tem sido tratado na literatura de forma abrangente e variada. Não existe em português um termo único para expressar o termo, ela necessita de trabalhar de forma composta.

A ausência de prestação de contas ou informações da parte de gestores públicos ou governantes fez com que o termo ganhasse maior notoriedade nos últimos tempos.

Schedler (1999, p. 4) afirma que *accountability* como forma de cobrar respostas dos governantes ocorre exatamente porque existem de ciências nas informações que são passadas ao público, “Nesse caso, a *accountability* (como *answerability*) pretende criar mais transparência em relação ao exercício do poder”.

De acordo Pinho e Sacramento (2008, p.2), *accountability* “encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ónus, o que seria a pena para o não cumprimento desta directiva”.

De uma forma mais abrangente a *accountability* se realiza, quando o cidadão exerce o seu poder de soberania ao eleger os seus governantes ou representantes durante o processo eleitoral através do voto. Igualmente, ela também ocorre quando se realiza no dia-a-dia a actuação dos agentes e das organizações públicas.

O’Donnell (1998), apresenta dois planos da divisão clássica da *accountability*:

- ***Accountability vertical*** – em que a sociedade exerce o seu poder de premiar ou punir seus governantes e representantes mediante a sua manutenção ou retirada do poder por intermédio do voto directo em eleições livres entre outros mecanismos de pressão política;
- ***Accountability Horizontal*** – definida como aquela que se efetiva mediante a

mútua fiscalização entre os poderes (checks and balances), por meio de órgãos governamentais que controlam a actividade pública e, principalmente, pela existência de agências estatais com poder, vontade e capacitação para supervisionar, avaliar e punir, se for o caso, agentes ou agências governamentais.

Por seu turno Miguel (2005, p. 23), alega que a “accountability diz respeito à capacidade que os cidadãos têm de impor sanções aos governantes, reconduzindo ao cargo aqueles que exerceram bem os seus mandatos e destituindo aqueles que não o fizeram”.

A cultura da prestação de contas torna –se assim um factor sine qua non para a salvaguarda dos direitos dos cidadãos, tal conforme o poder é cedido aos gestores para que em nome do povo dirijam com transparência, isenção os destinos das autarquias, os mesmos têm a responsabilidade de prestar contas a quem os elegeram. Este exercício é, sem sobra de dúvida o garante da manutenção dos cargos dos servidores públicos.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dos conceitos relacionados com gestão, podemos aferir que o termo gestão e administração são muitas vezes confundidos, e ao longo do artigo constou-se que, o conceito de gestão é mais abrangente, pois vem ganhando maior destaque ultimamente, num mundo em que as organizações encontram-se numa competitividade frenética; o conceito de gestão, reúne um conjunto de técnicas indispensáveis e ademais, incorpora dentro de si o termo administração e faz dela, uma das funções necessárias para o seu desempenho.

A gestão tornou – se um aglutinado de conhecimento das mais variadas áreas, o que torna ela uma ciência multifacetada e multidimensional. A gestão pode influir nas organizações; o sucesso da autarquia dependerá imprescindivelmente, da forma como será gerida pelo autarca, pois, a correcta conjugação dos recursos será um factor preponderante; actualmente os recursos humanos são encarados como um dos principais activos mais relevantes das organizações e saber gerir uma equipe constitui um dos principais desafios da gestão moderna. A gestão tornou-se nos dias de hoje uma ferramenta imprescindível para as organizações.

O estudo deixou claro que as autarquias podem alcançar uma gestão de sucesso, no entanto, o sucesso depende de uma série de conjugação de factores relevantes relacionados

com a gestão, que necessitam de serem acauteladas de entre eles: (1) a gestão e a qualidade dos recursos humanos (2) o autarca deve introduzir métodos que permitam a avaliação de desempenho do pessoal, para garantir a mensuração da produtividade do colaborador, as debilidades, necessidades de formação/capacitação, promoção ou auto-desenvolvimento profissional do colaborador; (3) identificou –se que a implementação da Gestão por Resultados (GpR) melhora a qualidade, eficiência e eficácia dos serviços bem como, o desempenho dos servidores públicos, por ser uma ferramenta que tem como foco principal o “resultado” e traz consigo uma maior flexibilidade nos processos, melhor relacionamento e motivação entre os colaboradores de uma organização.

## 10. REFERÊNCIAS

AMARAL, D. F. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., 2a. Reimp. Lisboa: Edições Almedina. 2006.

ASSAMBLEIA Nacional. **Constituição da República de Angola**. 2010. Disponível em <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>

BARBARÁ, S. **Gestão por processos: fundamentos, técnicas e modelos de implementação**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

BEU, C. C. A implementação das Autarquias em Angola como alavanca para a resolução de problemas locais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. 2017. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/index>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BILHIM, J. **A Governação nas Autarquias Locais**. (S. P. De Inovação, Ed.). Coleção Inovação e Governação nas Autarquias 2004. Porto: Principia, Publicações Universitárias e Científicas. Disponível em: <https://www.temposdegestao.com/conceito-de/conceito-de-gestao>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. Paradigmas de Estado e paradigmas de administração Pública. *In*: I. N. de Administração & F. Gulbenkian (Eds.). **Moderna gestão pública: dos meios aos resultados - Acta Geral do 2o Encontro INA Lisboa**, 30.31 março: Instituto Nacional de Administração 2000 (Org.).

CURY, A. **Organização e métodos: uma visão holística**. – 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

DIAS, E. P. **Conceitos de Gestão e Administração: Uma visão Crítica**. Revista Eletrônica de Administração - Facef, v.01, ed.01, p. 2, 2002



- DRUCKER, P. **Management: tasks, responsibilities and practices**. 1986 New York: Truman Talley Books.
- DRUCKER, P. **O gerente eficaz em ação: uma agenda para fazer as coisas certas acontecerem**. Rio de Janeiro: LTC, 2007.
- ETZIONI, A. **Organizações modernas**. 8 ed. São Paulo: Pioneira, 1989.
- FARIA, R. O. **Novas Abordagens do Orçamento Público**. 2010. Monografia. Prêmio SOF de Monografias - Secretaria de Orçamento Federal
- FEIJÓ, C. **Problemas Actuais de Direito Público Angolano**. Contributos para a sua compreensão. Principia, 2001.
- FIGUEIREDO, D, A, et. Al. **Curso de Direito Administrativo**. v. I, 4. ed. 2016.
- GARCÊS, A; Silveira, P. Gestão pública orientada para resultados no Brasil. **Revista Do Serviço Público**, v. 53, n. 4, p. 53-77, 2002.
- GOMES, E. G. M. **Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais**. Tese de Doutorado em Administração Pública e Governo. 2009.
- HOUAISS A; VILLAR, S. M. **Dicionário da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro, Objectiva, 2001
- IVANCEVICH, J M. **Gestão de Recursos Humanos**. Ed. Mc Graw Hill, 2007.
- LISBOA, E. O. Sucesso da descentralização em angola depende do desenho. 2018. **Jornal o país**. Disponível em: <https://opais.co.ao/index.php/2018/05/10/o-sucesso-da-descentralizacao-em-angola-depende-do-desenho/>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- LUFT, C. P. **Minidicionário**. 20. ed. São Paulo: Ática, 2001.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELES, M. **Teorias da administração: clássicas e modernas**. São Paulo: Futura, 2003.
- MIGUEL, L. F. Impasses da Accountability: Dilemas e Alternativas da Representação Política. **Revista de Sociologia e Política**, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/jYssQtnjyqSTTbFQwnQw8YR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2021.
- MODESTO, P. Contrato de Gestão no Interior da Organização Administrativa como Contrato de Autonomia. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Novembro de 2010.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliorquias. **Revista Lua Nova**, v. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/jbXvTQR88QggqcdWW6vXP8j/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2021.

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PEREIRA, A. C. **Gestão de Potencial Humano numa Instituição Autárquica**. 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/19129227.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2021.

PINHO, J.A. G; SACRAMENTO, A. R. S. **Accountability**. Anais do Encontro de Administração Pública e Governança da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração. Salvador/BA, Brasil, 2008.

RESTREPO, M. J; ANGULO, J. R. **Intervir en la organización**. Bogotá: ignificantes de Papel Ediciones, 1992.

ROCHA, M. J. A. **Desigualdades e Assimetrias Regionais em Angola** – os factores de competitividade territorial. Universidade Católica de Angola – Centro de Estudos e Investigação Científica, Luanda, 2010.

RODRIGUEZ, V.R. M. **Gestão empresarial: organizações que aprendem**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2010.

SCHEDLER, A. Conceptualizing Accountability. 1999. *In*: A. Schedler, L. Diamond, & M. Plattner, (Ed.) **Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SERRA, R. F. **Gestão Estratégica Conceitos e Prática**. Lidel, 2002. Disponível em: <https://www.bertrand.pt/livro/gestao-estrategica-fernando-ribeiro-serra/4939910>. Acesso em: 19 ago. 2021/.

*Data da submissão: 04/08/2021*  
*Data da aprovação: 02/12/2021*

**LEGALIDADE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO COMO  
TÉCNICA DE CAPTAÇÃO DE RECURSOS PARA EXECUÇÃO DE  
CONTRATOS DE PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**  
*LEGALITY OF THE PARTICIPATION ACCOUNT AS A FUNDRAISING  
TECHNIQUE FOR THE EXECUTION OF PARTNERSHIP AGREEMENTS WITH  
THE PUBLIC ADMINISTRATION*

**Bernardo Strobel Guimarães<sup>1</sup>**

**Caio Augusto Nazario de Souza<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O artigo discute a possibilidade da constituição de sociedade em conta de participação pelo particular como forma de captar recursos para executar contratos de concessão. Após análises acerca da possibilidade ou não de mudanças subjetivas nos contratos administrativos, bem como sobre o regime legal da sociedade em conta de participação, a conclusão é a de que a sua simples constituição por parte do licitante é indiferente para o Poder Concedente pois não altera a relação havida entre este e o concessionário. A utilização desse meio de captação de recursos é, em regra, irrelevante para o Poder Concedente, que sequer precisa ser comunicado de operações dessa natureza, pois elas não atingem a execução do contrato. Isso não quer dizer, porém, que a utilização dessa técnica pode levar a modificações indiretas no poder de controle da concessionária ou servir de burla para contornar a aplicação de sanções.

**Palavras-chave:** Sociedade em conta de participação; concessões públicas.

**ABSTRACT:** The article discuss the legality of the constitution of a company in

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Direito Administrativo e Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Substituto de Direito Econômico na Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2011). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2007). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2002). Especialista em Direito Econômico pela Sociedade Brasileira de Direito Público (2002). MBA em Gestão Estratégica de Empresas pela ISAE/FGV (2013). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2002). E-mail: [academico@strobelguimaraes.com](mailto:academico@strobelguimaraes.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0678600050387547>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2826-7607>.

<sup>2</sup> Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, alumnus especial na disciplina de Direito Econômico pela UFPR e cursa LLM. em Direito Empresarial pela FGV/RJ, possui experiência na área de Direito Administrativo desde 2012. É membro do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da PUC/PR. Possui diversas publicações bibliográficas e artigos envolvendo infraestrutura. Membro da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável da OAB/PR. Advogado é sócio do escritório Strobel Guimarães Sociedade de Advogados. E-mail: [caio@strobelguimaraes.com](mailto:caio@strobelguimaraes.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9796809615719092>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9026-0097>.

participation by the particular as a way of raising funds to execute concession contracts. After analyzing the possibility or not of subjective changes in administrative contracts, as well as the legal regime of the company in the participation account, the conclusion is that the simple constitution of a participation account company is indifferent to the Granting Authority because it doesn't change the relationship between him and the concessionaire. The use of this means of raising funds is, as a rule, irrelevant to the Granting Authority, which does not even need to be communicated about operations of this nature, as they do not reach the execution of the contract. That doesn't mean, however, that the use of this technique can lead to indirect changes in the concessionaire's power of control or serve as a swindle to circumvent the application of sanctions.

**Keywords:** Participation account partnership; public concessions.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Contratos administrativos e mutabilidade subjetiva: a mudança como expressão legítima da autonomia do parceiro privado; 3. Limites à competência para autorizar modificações subjetivas; 4. O regime legal da sociedade em conta de participação; 5. A utilização da conta de participação nos contratos de parceria: possibilidades e limites; 6. Considerações finais; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil precisa se desenvolver. E para isso é necessário investir em infraestrutura. Uma das estratégias para tanto é se valer de contratos de parceria.<sup>3</sup> Por meio deles, particulares se obrigam a atuar em nome do Estado, prestando atividades econômicas reservadas ao Poder Público, financiando o empreendimento e assumindo os riscos correlatos.

A adoção de modelos dessa natureza exige que se calibrem interesses potencialmente dissonantes. De um lado, a Administração Pública deve ser dotada de competências que garantam a boa prestação dessas atividades que, afinal de contas, são públicas. É, portanto, natural que haja um certo poder de direcionar a execução do contrato, impondo-se esses desígnios aos particulares, que têm sua posição funcionalizada em vista do interesse público.

Todavia, isto não torna o particular um servo da Administração. Pelo contrário, é da essência dos contratos de parceria que o particular encarregado de executar o contrato seja capaz de gerir o empreendimento, assumindo os riscos de suas escolhas. Para tanto, deve

---

<sup>3</sup> O termo contrato de parceria se refere aqui a qualquer contrato celebrado entre a Administração e particulares que transfira a esses a gestão empresarial de ativos ou atividades públicas. Em regra, são contratos de concessão (comum, patrocinada ou administrativa).

existir liberdade para organizar os fatores necessários à prestação da atividade. O resultado econômico final do empreendimento deve refletir os acertos e erros do particular, o que remete à tradicional expressão de que esses contratos se exercem por “conta e risco” do particular. Em termos simples: é da essência do modelo de concessão que haja autonomia do particular, e esse núcleo deve ser garantido. Do contrário, perde-se a própria essência desses contratos.

Isto significa que contratos de parceria pressupõem que o particular tenha liberdade para organizar a forma de exploração do empreendimento. Sem isto, o particular se torna um prestador de serviços ordinário, que não aporta ao empreendimento sua experiência para o desenvolvimento da atividade. Se assim for, trata-se de arranjo diverso, e não de uma parceria. Essa liberdade é funcionalizada (e não anulada) em decorrência do atendimento dos objetivos públicos pressupostos pelo contrato.<sup>4</sup>

Nos contratos de parceria, é necessário equacionar esse dilema entre comando e liberdade. Definir esse *suum cuique tribuere* é essencial para compreender a lógica destes vínculos. Em termos abstratos, a resposta é simples: a intrusão da Administração sobre a autonomia empresarial está limitada aos aspectos necessários à fiel execução do contrato, que tem por objetivo final realizar concretamente interesses públicos. O problema é que a simplicidade que se encontra na abstração deve ser testada contra a realidade. Eis aí o nó górdio dessas questões, já que a realidade dificilmente consegue ser domada pelas previsões feitas em abstrato. A execução dos contratos coloca traz dilemas que escapam às previsões legais.

Todavia, não raro, a interpretação que é feita desses temas despreza a proteção da autonomia privada, no altar da metafísica de um interesse público lido como voluntarismo da Administração. Isto implica em uma funcionalização desmedida da posição do particular que vai no sentido diametralmente oposto aos pressupostos dos contratos de parceria.

O sucesso do empreendimento depende da liberdade de gestão do particular. E é o sucesso do empreendimento o objetivo a ser atingido, na exata medida em que é isso que

---

<sup>4</sup> Para aprofundar esse tema, ver GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Os contratos de concessão como técnica de efetivação de benefícios sociais e os reflexos no seu equilíbrio econômico-financeiro. Experiências práticas em concessões e PPP. **Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**, vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 343 e ss.

gera os benefícios sociais esperados, que constituem a própria causa de uma atividade ser pública. Em outras palavras: a Administração age para que o contrato gere benefícios, de forma que qualquer desencaminhamento objetivo entre o melhor para o contrato e a vontade da Administração configura desvio de finalidade.

Em suma, há uma reserva de autonomia inerente à atuação do particular que deve ser a mais ampla possível diante do caso concreto. Restrições a essa autonomia devem ser justificadas, e não apenas retoricamente, até mesmo porque o Poder Concedente não é superego da vida negocial do particular, mas sim o guardião do interesse público. E o interesse do Estado é que o contrato seja bem executado, o que implica respeitar a autonomia do particular que é conferida pelo contrato. Exatamente por isso as prerrogativas da Administração no que se refere à execução do contrato devem ser lidas com parcimônia. Elas não configuram cartas de super-trunfo a serem lançadas a esmo contra o particular, variando ao sabor de conveniências políticas.

É da essência dos contratos de parceria que o particular possa organizar sua atividade empresarial de modo autônomo. Esta capacidade de tomar e administrar riscos está na própria base desses instrumentos de transferência de atividades públicas aos particulares. Tanto maior os riscos do particular quanto maior for a sua liberdade de organizar os fatores inerentes à execução do contrato.

Tais lembranças vêm a calhar para que se possa examinar o tema de investigação aqui proposto que consiste em avaliar se é legítimo àqueles que celebram contratos de parceria com a Administração constituir sociedades em conta de participação com vistas a financiar o empreendimento ou se, pelo contrário, tal hipótese dependeria de estar prevista e ser autorizada pelo Poder Público?

O tema diz respeito a temas relevantes para a compreensão dos contratos de parceria e como eles devem ser geridos, bem como diz respeito à maneira pela qual o particular obterá recursos para fins de executar os contratos de parceria, o que impacta diretamente na rentabilidade desses empreendimentos. Um dos pontos que tradicionalmente se coloca ao particular diz respeito ao financiamento do empreendimento, correndo à sua conta obter os recursos necessários para que o empreendimento seja viabilizado.

O ponto a ser destacado dessa introdução é que discutir a possibilidade ou não da

utilização da sociedade em conta de participação remete à discussão acerca de qual é o espaço de autonomia para o empreendedor financiar o projeto que deverá executar em substituição ao Estado.

Por fim, diga-se que quanto aos objetivos, a pesquisa aqui apresentada é exploratória, visando proporcionar maior familiaridade com o problema investigado, explicitá-lo e construir hipóteses sobre as possibilidades e limites da constituição de sociedade de conta de participação por parte do particular quando contratado pelo Estado. Ademais, a abordagem é eminentemente qualitativa e se utilizou como metodologia o levantamento bibliográfico sobre o tema.

## **2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E MUTABILIDADE SUBJETIVA: A MUDANÇA COMO EXPRESSÃO LEGÍTIMA DA AUTONOMIA DO PARCEIRO PRIVADO**

Antes de se aprofundar no assunto e nas regras específicas que regem a sociedade em conta de participação, importa fixar algumas premissas teóricas acerca de dois temas centrais à compreensão do problema, tal como ele é encarado usualmente. Em regra, a utilização da sociedade em conta de participação é remetida a questões relativas à composição subjetiva do concessionário, tema esse que por si só merece esclarecimentos.

Deste modo é necessário examinar ainda que em suas linhas gerais o regime da mutação subjetiva dos contratos administrativos e qual o papel da Administração no controle dessas modificações e que se avalie a própria natureza jurídica da sociedade em conta de participação, de modo a responder se elas implicam ou não mutações subjetivas.

No regime dos contratos de parceria, um dos pontos nos quais há limitação da autonomia é a conformação subjetiva daquele a quem incumbe executar as prestações públicas. Compreender o fundamento disto e qual é o papel da Administração nesse processo é relevante para o tema a ser enfrentado aqui.

A questão é saber se os fundamentos que autorizam à Administração controlar a estrutura subjetiva do particular se aplicam à constituição de sociedade em conta de participação por parte do concessionário. Para tanto é necessário compreender o fundamento subjacente ao controle da composição societária do empreendimento.

A celebração de contratos com a Administração Pública, em regra, depende de um procedimento objetivo de escolha cujo objeto é selecionar a melhor proposta, isto é, aquela que apresenta maiores vantagens de acordo com o previsto no edital. No que se refere aos contratos de tipo concessionário, a exigência de licitação é reforçada pelo próprio art. 175 da Constituição.

Isto visa não só garantir a igualdade de acesso às oportunidades econômicas geradas pelo Estado (isonomia), mas também assegurar que o escolhido tenha, objetivamente, condições de executar o objeto, o que se verifica na fase de habilitação. A competição é fundamental, precisamente, porque muitas vezes é aí que se transferem vantagens aos usuários, pois muitos serviços públicos não admitem competição.

Tem-se, então, que o procedimento de contratação se depara com uma etapa em que se analisa precisamente a capacidade de o particular executar o objeto do contrato que pretende celebrar com a Administração. Há, antes da assinatura do contrato por parte do licitante vencedor, uma etapa de habilitação, que varia em função do objeto do contrato. Diferentes contratos podem ensejar diferentes modos de habilitação (p. ex. a compra de imóvel exige depósito de parcela do valor, cf. art. 18 da Lei nº 8.666/1993, que não possui correspondência na Lei nº 14.133/2021).<sup>5</sup>

A complexidade da habilitação está diretamente correlacionada à complexidade do contrato administrativo. Em contratos de parceria, a regra é que a licitação se dê na modalidade de concorrência, em que existe uma etapa autônoma para aferir se o particular reúne as condições reputadas necessárias à execução do objeto. Em termos simples, a habilitação consiste em uma etapa do procedimento de escolha e se destina a demonstrar, objetivamente, que o contratado tem, ao menos em abstrato, condições para executar adequadamente suas obrigações. Só poderão contratar com a Administração os que demonstrem atender as condições definidas pela Administração, que deve observar os requisitos legais e se limitar a aferir circunstâncias que, realmente, digam com a capacidade

---

<sup>5</sup> Sempre que aqui se fizer referência a algum artigo da Lei nº 8.666/1993 também será indicado o artigo correspondente na Nova Lei de Licitações, caso existente, e vice-versa. E isso porque, nos termos do art. 193, inc. II, da Lei 14.133/2021, durante o prazo de dois anos a contar da sua publicação oficial suas disposições vigorarão concomitantemente junto às normas previstas na antiga Lei, salvo no que toca às previsões penais, que foram revogadas de imediato.



de executar as obrigações contratuais. Nos dizeres de Marçal Justen Filho (2021, p. 773), a habilitação “[...] consiste no conjunto ordenado de atos a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública”. É nessa fase que a Administração decide “[...] sobre a presença das condições do direito de licitar”.

Nessa linha, como a escolha do parceiro realizada pela Administração deriva de elementos mensurados no momento da escolha do particular, tem-se que em regra não pode haver a alteração deles durante a execução do contrato. Daí, exigir-se que as condições da habilitação sejam mantidas no curso da execução do contrato, inclusive no que se refere às características subjetivas do particular. Em suma: o elemento subjetivo do contratado é relevante pois é nele que reside a comprovação dos requisitos necessários para a execução do contrato.

Há os que equiparam essa peculiaridade como equivalendo ao caráter personalíssimo dos contratos privados. Daí ser comum a referência de que o contrato administrativo tem a característica de ser *intuitu personae*. Contudo, a expressão é manifestamente mal utilizada nos contratos administrativos.

No direito privado, contratos *intuitu personae* são aqueles em que a escolha do contratado se deu por conta dos seus elementos personalíssimos, que vinculam o contratado de modo indelével à satisfação da obrigação. Como ensina Orlando Gomes (2007, p. 97), “O contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é, para o outro, o elemento determinante de sua conclusão”.

Nos contratos administrativos, contudo, a lógica é diametralmente oposta. Neles, não são as características inerentes ao sujeito que importam para sua escolha. É exatamente o contrário: a escolha se dá por critérios objetivos, e não subjetivos.<sup>6</sup> Ou seja, a contratação precedida de licitação se dá em função de critérios que podem ser, objetivamente, mensurados.

Tanto é que onde não houver disputa objetiva tem-se a inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, atual art. 74 da Lei nº 14.133/2021. É a proposta

---

<sup>6</sup> Para um exame aprofundado da questão sobre a mutação subjetiva nos contratos administrativos, ver JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da Modificação Subjetiva dos Contratos Administrativos, **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCG.**, Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005.

o elemento vinculante, e não o particular que a executa. Como exemplo disto, tem-se que se houver inexecução do contrato, respeitados os requisitos da lei, pode ser chamado outro contratado para executar a parcela inadimplida, desde que se vincule à proposta vencedora (art. 24, inc. XI da Lei nº 8.666/1993, atual § 7º do art. 89 da Lei nº 14.133/2021). Isso se dá exatamente pois o que vincula as partes é a proposta, e não quem há de executá-la.

Em suma, o que é objeto de seleção pela Administração é a melhor proposta, definida em termos objetivos e não uma pessoa específica em face de suas características pessoais. Como explica Rafael Vêras de Freitas (2016, p. 71), “[...] por meio desse procedimento, o Poder Público tem por objetivo selecionar a ‘melhor proposta’, e não o ‘melhor contratado’. Ou seja, o referido procedimento visa a selecionar um parâmetro qualitativo de bem ou do serviço, e não um contratado em especial.” É esse parâmetro que deve ser preservado, e não qualquer vinculação pessoal do agente. Ou, dizendo de outro modo, como o interesse primordial do Estado não está vinculado às características subjetivas do licitante vencedor, mas sim à contratação de licitante idôneo que apresentar a proposta mais vantajosa e que se comprovar capaz de executá-la fielmente, não há motivos para se impedir de antemão toda e qualquer modificação contratual subjetiva.

Embora tanto os contratos administrativos quanto contratos *intuitu personae* impliquem restrições no que toca à modificação subjetiva do contratante, as causas que levam a tal efeito são substancialmente distintas, já que do ponto de vista dos contratos administrativos não há uma afetação subjetiva do particular à execução contratual. A vinculação subjetiva é derivada da objetiva. E não um fim em si mesmo como se dá em âmbito privado. O efeito disto é que a análise sobre a alteração subjetiva para a Administração é objetiva e segue a mesma racionalidade estipulada no momento da escolha. Em suma, não há espaços para casuísmos e decisões discricionárias. Neste contexto é que surge o dever de o particular preservar as condições inerentes à escolha realizada por meio da licitação; a alteração subjetiva é legítima se as condições objetivas avaliadas forem preservadas.

Como se vê, a legislação não veda a alteração subjetiva, mas sim impõe procedimentos a serem observados. Nada obstante a tradição de se enxergar nestes contratos

a natureza *intuitu personae*, fato é que a Lei admite a modificação.<sup>7</sup> O que a Lei de Licitações veda, seja a antiga ou a nova, não é toda e qualquer espécie de modificação subjetiva, mas apenas as modificações societárias, finalísticas ou estruturais da empresa que de alguma forma restrinjam a sua capacidade de concluir o contrato da forma originalmente pactuada (art. 137, inc. III, da Lei nº 14.133/2021 e art. 78, inc. XI, da Lei nº 8.666/93).

Logo, as restrições que surgem ao exercício da autonomia privada que derivam dos contratos administrativos têm por pressuposto a preservação das condições objetivas de contratação. O reverso disto é que a competência de a Administração controlar modificações que impactem sobre seus contratados tem finalidade certa: assegurar que não haja degradação do nível de exigências estipulado por ocasião da licitação.

Do ponto de vista normativo quanto aos contratos de parceria, a Lei de Concessões se ocupa do tema indicando ainda que alterações que impliquem a modificação do controle do concessionário devem ser aprovadas pela Administração. A inobservância dessa formalidade conduz à declaração da caducidade do contrato. Nesse sentido, dispõe o art. 27 da Lei nº 8.987/1995.

Como se percebe, ao prever a possibilidade de haver a modificação é de se perceber que está a se constituir um espaço de autonomia em favor do particular. Obedecidas as exigências referentes à habilitação e, claro, em inexistindo risco objetivo de dano à Administração pública, notadamente no que toca à execução do contrato, o particular tem o direito subjetivo de promover mudanças subjetivas. Circunstância essa, por vezes, necessária à própria execução do contrato, especialmente tendo em vista o longo prazo pelo qual vigem os contratos de parceria. O que é importante perceber aqui é que as mudanças subjetivas em contratos de longa duração são instrumentos de financiamento do empreendimento. A atração de novos atores que investirão no negócio é, muitas vezes, uma ferramenta essencial à saúde financeira do concessionário, que não deve ser tolhida por razões caprichosas.

A mutação nada constitui de excêntrico. Isto porque durante a vida do contrato administrativo podem surgir situações que levem à conveniência (ou mesmo à necessidade)

---

<sup>7</sup> A afirmação é tradicional em nossa doutrina. Para uma crítica a essa concepção, especialmente nos contratos de concessão, consultar: KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Modificações Subjetivas nos Contratos de Concessão (Comentários a acórdão do STJ), *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr. / jun. 2004.

de mudanças que impactam na composição subjetiva do contratado. A mutabilidade desses contratos não se limita às condições pelas quais o serviço é prestado. Ela muitas vezes se projeta sobre a própria pessoa do particular.

Como sabido, a vida negocial por vezes traz a necessidade de haver mudanças na personalidade jurídica das empresas. Processos de transformação societária (fusões, cisões, incorporações) e mudanças na composição acionária são exemplos corriqueiros disto. Em regra, tais transformações são manifestação legítima da autonomia negocial (que não é eliminada pelo fato de o particular ser contratado pela Administração).

Como registra a doutrina, a alteração subjetiva do concessionário não só é legal, mas constitui materialização de uma característica fundamental do regime jurídico dessa modalidade contratual, que é a autonomia de gestão (SUNFELD, 2015, p. 195). Isto é especialmente verdade nos contratos de longo prazo (como os contratos de concessão em sentido amplo). No longo prazo, é comum que reestruturações societárias venham a acontecer, mudança nos grupos de acionistas, etc. Num mercado maduro de investimentos há comumente negociações entre agentes econômicos que atuam no setor de infraestrutura. Mesmo os financiamentos obtidos junto a instituições públicas muitas vezes são viabilizados por meio de participações societárias, como ocorre por exemplo com o braço de investimentos do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

Logo, a questão que se coloca é como compatibilizar a mutabilidade com a proteção da Administração. De um lado, há a necessidade de se preservar a autonomia privada. De outro, é legítimo que a Administração venha a ver preservado o nível de segurança exigido quando da escolha do contratado. A solução deste dilema inevitavelmente passa por reafirmar o sentido e o alcance das prerrogativas da Administração relativas às alterações subjetivas.

### **3. LIMITES À COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAR MODIFICAÇÕES SUBJETIVAS**

Posta a questão da mutação como expressão legítima da autonomia do parceiro privado, conclui-se que o controle das alterações contratuais por parte da Administração somente pode ser exercido nos limites necessários para garantir que o contrato seja

corretamente executado. Essa é a solução do nosso direito positivo no que se refere às concessões. O art. 27, § 1º, I da Lei de Concessões indica que a análise a ser levada a efeito pelo Poder Concedente deve avaliar se persistem íntegras as condições subjetivas denotativas da capacidade de executar o contrato.

Nesse sentido, note-se que as restrições à mutabilidade, na exata medida em que limitam um atributo inerente à livre organização empresarial, devem ser justificadas de maneira específica e se sujeitam à proporcionalidade, regra essa que vale mesmo para os editais e contratos, que só podem promover restrições que digam respeito à preservação das condições de habilitação. Restrições que vão além da boa execução do contrato são censuráveis, pois constituem restrições desproporcionais. A intensidade da restrição é limitada por esse objetivo. Dito de outro modo: o limite do controle é a análise objetiva relativa às condições de execução do contrato.

Logo, a interpretação das cláusulas que implicam restrição à livre organização empresarial deve observar tais diretrizes, sob pena de se limitar indevidamente a autonomia do particular. Mesmo os que afirmam existir caráter pessoal na execução dos contratos de concessão entendem que as competências administrativas são limitadas, não sendo passíveis de serem exercidas livremente. Em nenhuma circunstância se admite que a Administração negue por motivos caprichosos modificações no que se refere à personalidade jurídica do contratado.

Sobre o tema, André de Laubadère, que alude ao caráter *intuitu personae* dos contratos administrativos, destacava que “A administração não dispõe de um poder discricionário para recusar a aprovação da cessão ou sub-contratação solicitadas. Uma tal rejeição não pode ser fundada senão sobre ‘motivos tirados da incapacidade técnica ou financeira do concessionário proposto’”. (LAUBADÈRE, 1956, p. 111, trad. livre). Esse entendimento é acompanhado pelo Conselho de Estado desde a década de 1940. Como se vê, o poder de controlar as mutações subjetivas jamais foi visto como dando margem a caprichos e casuísmos. Em sendo preservadas as condições de escolha, é dever aprovar as modificações – e não faculdade.

A competência para analisar as modificações está restrita à análise das condições inerentes à execução do contrato. Somente a incapacidade técnica ou financeira,

demonstrada objetivamente, pode servir de base para uma negativa dessa ordem. Eis o limite das prerrogativas outorgadas à Administração e o fundamento de validade das normas contratuais acerca do tema. No mesmo sentido, registra-se a opinião de Marçal Justen Filho (2021, p. 1460), para quem a alteração da estrutura societária do licitante vencedor, por si só, não é capaz de justificar a extinção do contrato. Em qualquer caso, é condição de possibilidade para a extinção a comprovação, por parte da Administração Pública, de que a modificação em questão “[...] torna inviável a execução do contrato. Têm de existir elementos concretos evidenciadores de prejuízo ou que autorizem a presunção de que, sob a nova roupagem, a contratante não executará corretamente suas prestações”.

Todas essas premissas convergem para uma conclusão clara: as competências para analisar modificações subjetivas quanto à pessoa do contratante têm por fundamento e limite a análise da capacidade de executar o objeto. Fora disso, a alteração é indiferente para a Administração que deve aceitá-la, pois não há motivo válido para limitar a autonomia do contratado na gestão do contrato. Qualquer coisa que vá além disso implica desvio de finalidade e abuso de poder. A Administração não é superego da vida comercial do concessionário; mas apenas fiscal da boa execução do contrato.

Como será gerida a concessão é assunto que diz respeito à autonomia inerente ao concessionário, que administra os riscos inerentes ao seu negócio da maneira mais livre possível. Retomando a expressão tradicional, a concessão se explora por “conta e risco” do particular. E isto significa reconhecer a capacidade de organizar os fatores econômicos necessários à boa execução do contrato.

Em síntese: alterações subjetivas do licitante só são relevantes para a Administração se e quando elas impactarem na execução do contrato. Alterações que não afetem a execução dos contratos são irrelevantes. A elas, o Poder Concedente não pode opor resistência direta ou indireta; pois são exercício legítimo da autonomia empresarial das concessionárias.

Mais do que isso, o controle da Administração Pública sobre a pessoa do contratado diz respeito apenas à demonstração objetiva da capacidade de executar o contrato nos termos pactuados. Tudo que desborde disso é manifestamente ilegal. A Administração não tem qualquer interesse na pessoa que executa o contrato, ela tem interesse na preservação objetiva da capacidade aferida para sua execução. Esse é o fundamento último de todas as

competências administrativas que dizem respeito à avaliação subjetiva do particular contratado.

#### **4. O REGIME LEGAL DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO**

Esclarecidas as principais ideias que justificam o controle da Administração sobre a personalidade dos sujeitos por ela contratados, pode-se analisar o regime normativo das sociedades em conta de participação, objeto imediato das atenções desse texto.

Compreender o regime jurídico relativo à sociedade em conta de participação aqui é fundamental. Isso porque as regras que a disciplinam são peculiares, afastando-as de outras sociedades personificadas. As peculiaridades da conta de participação são especialmente interessantes quando se pensa na sua utilização nos contratos administrativos.

Em termos simples, sociedades em conta de participação são associações não personificadas cuja característica elementar é que toda atuação empresarial é desenvolvida pelo chamado sócio ostensivo, que conduzirá em nome próprio e sem qualquer limitação em suas responsabilidades os negócios da sociedade.

As relações entre os sócios da conta de participação são puramente internas, não se projetando externamente nas relações desenvolvidas pelo sócio ostensivo. Em termos diretos, quem atua concretamente é o sócio ostensivo, os demais apenas têm relações internas com ele, não havendo projeção externa desses vínculos. Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 447):

Um empreendedor (chamado sócio ostensivo) associa-se a investidores (os sócios participantes), para a exploração de uma atividade econômica. O primeiro realiza todos os negócios ligados à atividade, em seu próprio nome, respondendo por eles de forma pessoal e ilimitada. Os agentes econômicos que entabulam negociações com o sócio ostensivo não precisam saber, necessariamente, que a atividade em questão é explorada sob a forma de uma conta de participação.

Trata-se, portanto, de uma modalidade especialmente vocacionada à segregação de riscos empresariais, em que um dos partícipes assume todo o risco empresarial do negócio, competindo aos demais somente participar dos resultados nos termos definidos no contrato que institui a conta de participação. Isso, contudo, não altera o fato de que o sócio ostensivo permanece com sua atuação íntegra, não havendo qualquer efeito externo derivado da conta

de participação.

A regulação originária dessas sociedades é antiga. O Código Comercial de 1850 (cf. arts. 325 a 328), disciplinava o tema em termos bastante similares aos que atualmente se encontram em nosso direito positivo. Atualmente, é o Código Civil que trata do tema nos arts. 991 a 996. Desde a origem, o modelo normativo se caracteriza por essa nota de segregação entre relações internas e externas.

A análise do regime normativo vigente permite destacar as principais características deste contrato peculiar:

- Cuida-se de sociedade que não tem capital social ou nome próprios, pois não tem personalidade (art. 993 do CC);
- O exercício das atividades compete exclusivamente ao sócio ostensivo, que age em nome próprio em todas as relações em que vier a participar, ficando os sócios participantes alheios a tais atos (art. 991 do CC);
- A constituição da sociedade independe de quaisquer formalidades e dispensa registro (arts. 992 e 993 do CC);
- As relações entre os sócios constituem-se em patrimônio especial, sendo que tal relação se limita apenas aos seus participantes, não gerando quaisquer efeitos sobre terceiros (art. 994, caput e § 1º).

Essas características denotam que a conta de participação é bastante distinta das demais modalidades societárias admitidas em nosso Direito. Trata-se de modelo *sui generis*, cujas peculiaridades devem ser levadas em consideração. Aliás, tantas são as peculiaridades dessa modalidade que grande parte da doutrina nem sequer a considera, propriamente, uma sociedade, mas antes um contrato de investimento.<sup>8</sup> Para José Edwaldo Tavares Borba (2012, p. 113-115), por exemplo, a natureza da sociedade em conta de participação é contratual porque ela carece de dois elementos indispensáveis para que se possa falar em uma

---

<sup>8</sup> Para uma resenha das opiniões acerca do tema e das dificuldades conceituais envolvidas consultar: ACETI JR., Luiz Carlos e REIS, Maria Flávia Curtolo. Sociedade em Conta de Participação, **Revista dos Tribunais** n° 794, dez/2001, p. 727-745.



sociedade, quais sejam, patrimônio próprio e personalidade jurídica. Importante mencionar, porém, ainda que brevemente, que esse entendimento não é pacífico. José Gabriel Assis de Almeida (1989, p. 31) é um dos autores que advogam pela natureza societária da sociedade em conta de participação, sustentando para tanto que “[...] face às disposições do direito positivo brasileiro, não parece haver motivo para recusar à Conta de Participação o caráter de sociedade, já que ela preenche, com perfeição, todos os requisitos legais.”

Essa discussão, porém, é irrelevante para o exame da questão aqui proposta, motivo pelo qual não será objeto de maiores considerações. O que importa destacar nesse primeiro momento é que as peculiaridades da sociedade em conta de participação trazem consequências importantes no que se refere a parcerias que envolvem a exploração de contratos administrativos. Em especial, a responsabilidade integral do sócio ostensivo e a ausência de capital próprio trazem efeitos relevantes para fins de definir sua potencial utilização em contratos públicos.

Como anotado acima, compete exclusivamente ao sócio ostensivo dirigir o negócio, atuando em nome próprio e sendo integralmente responsável perante terceiros por todas as obrigações assumidas em nome da sociedade. A existência ou não de uma conta de participação em nada altera o dever de o sócio ostensivo adimplir fielmente todas as obrigações que vier a constituir. Como ensina Marlon Tomazette (2019, p. 331):

o sócio ostensivo, que pode ser um empresário individual ou uma sociedade, é aquele que exercerá a atividade em seu próprio nome, vinculando-se e assumindo toda a responsabilidade perante terceiros. A sociedade em conta de participação não firmará contratos. Quem firmará os contratos necessários para o exercício da atividade é o sócio ostensivo, usando tão somente seu próprio crédito, seu próprio nome. Quando ele age, não age como um administrador de uma sociedade, mas como um empresário, seja ele individual, seja uma sociedade.

Como se nota, a constituição de conta de participação não altera ou flexibiliza em nada as relações jurídicas celebradas pelo sócio ostensivo. É o sócio ostensivo que permanece obrigado face a todos os demais sujeitos, sendo a relação entre este e os demais sócios da conta de participação incapaz de gerar efeitos externos.

Daí que a utilização da conta de participação cria dois feixes de relação que não se confundem. Um, envolvendo o sócio ostensivo, em que são centralizadas todas as obrigações

negociais externas. Outro, que vincula apenas o sócio ostensivo com os demais sócios da conta de participação. Essa especial característica da conta de participação é afirmada pela jurisprudência, que reconhece que

na sociedade em conta de participação o sócio ostensivo é quem se obriga para com terceiros pelos resultados das transações e das obrigações sociais, realizadas ou empreendidas em decorrência da sociedade, nunca o sócio participante ou oculto que nem é conhecido dos terceiros nem com estes nada trata (REsp 192.603/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJ 01/07/2004, p. 197).

Como se vê, as relações entre os sócios da conta de participação em nada afetam as relações externas da empresa que ocupa a posição de sócia ostensiva. Em uma analogia simples: a conta de participação é uma sociedade meramente virtual, que não tem qualquer atuação tangível, dependendo do sócio ostensivo para praticar todo e qualquer ato negocial. É um espírito sem corpo, que depende de outra criatura para existir e agir. A conta de participação é relação que se estipula apenas entre o sócio ostensivo e os participantes, não gerando efeitos externos.

A par dessa característica, tem-se que a conta de participação não precisa ser publicizada, daí se dizer usualmente que se trata de uma sociedade “oculta”. Note-se, contudo, que dizer que a sociedade em conta de participação é uma sociedade “oculta” deve ser visto com reservas, pois nisto nada há de irregular ou ilegal como pode sugerir uma leitura preliminar. Com efeito, o sigilo é perfeitamente próprio do mundo dos negócios, não havendo um dever implícito de full disclosure que se aplique aos agentes privados. A expressão “sociedade oculta” significa apenas que esta modalidade dispensa registro na Junta Comercial, como é a regra nas sociedades personificadas (CC, art. 985).

Além disto, a sociedade leva esta denominação também pelo fato de que o sócio participante, por não aparecer perante terceiros, não assume responsabilidades perante estes, cabendo, portanto, apenas ao sócio ostensivo a responsabilidade perante o público (CARVALHO DE MENDONÇA, 2001, p. 262). Aliás, a atuação direta do sócio oculto desnatura a própria essência da sociedade em conta de participação.

A publicização ou não da sociedade é elemento que em nada modifica sua natureza. Essa advertência é necessária apenas para que não se leia “oculto” como caracterizador de

qualquer ilicitude ou ausência de transparência.

A sociedade em conta de participação é um instrumento salutar à organização da vida empresarial (tanto que é prevista no nosso ordenamento desde 1850) e que nada tem de anormal ou reprovável aos olhos da lei. Valer-se dela não implica necessariamente qualquer dissimulação ou ato censurável, mas sim a utilização legítima de uma modalidade típica de parceria entre empresas que existe no nosso ordenamento jurídico há mais de 170 anos.

## **5. A UTILIZAÇÃO DA CONTA DE PARTICIPAÇÃO NOS CONTRATOS DE PARCERIA: POSSIBILIDADES E LIMITES**

Considerando as premissas expostas acima, conclui-se que a celebração de contrato de conta de participação por empresas que participam de negócios com a Administração é perfeitamente legal. A existência de ajustes dessa natureza é, por si só, indiferente à Administração. Os argumentos acima alinhavados convergem para que se conclua que a celebração de contrato de sociedade em conta de participação não caracteriza qualquer infringência da lei em abstrato.

Primeiro, porque a celebração de contrato em sociedade em conta de participação é indiferente para a Administração. Essa conclusão é decorrência lógica das premissas normativas expostas anteriormente. Isto porque a (i) Administração só deve controlar atos que impactem na capacidade de o contratado executar o contrato e (ii) na conta de participação o sócio ostensivo (que é o contratado) permanece integralmente responsável pelos compromissos que assume, logo a celebração de contrato dessa natureza é indiferente para a Administração.

O especial destaque dado ao fato de que a conta de participação não produz efeitos externos, bem como à limitação das competências administrativas relativas à mutação subjetiva se justifica aqui. Como visto, legalmente, a celebração de conta de participação não modifica em nada as obrigações do sócio ostensivo, que permanece integralmente obrigado à execução do contrato administrativo. Portanto, a conta de participação não alterará em nada a composição do capital social do sócio ostensivo e nem modificará a responsabilidade assumida integralmente por ele perante o Poder Concedente. Em termos simples: o Poder Concedente não será em nada afetado pela celebração do contrato de conta

de participação, que, portanto, é para ele indiferente. Sobre a questão, anota Carlos Henrique de Mattos Sabino (2010, p. 193) que

[...] *a priori*, o fato da empresa licitante já participar de sociedade em conta de participação ou, após a contratação com o Poder Público, constituir tal espécie de ente jurídico não é proibido pela legislação, não viola as regras do edital de licitação ou do contrato administrativo, e, em nada prejudica o ente estatal. Os requisitos de habilitação técnica, jurídica e econômico-financeira sempre serão atendidos única e exclusivamente pela sócia ostensiva, a qual foi devidamente verificada pelo Poder Público.

Além disso, a sociedade em conta de participação não implica em envolvimento dos sócios no capital social do sócio ostensivo. A relação patrimonial que é constituída entre sócio ostensivo e sócios participantes é patrimônio especial, que não se confunde com o capital social do sócio ostensivo. Os sócios participantes não participarão do empreendimento público, sua relação se dá exclusivamente com o sócio ostensivo, não implicando qualquer modificação estrutural no que tange ao sócio ostensivo. Isso é decorrência direta do art. 994 do Código Civil, que indica que a conta de participação cria um patrimônio especial que vincula apenas os sócios da conta de participação (§ 1º). Esse patrimônio não se confunde com o capital social do sócio ostensivo, que permanece íntegro, gerando efeitos externos. Dito de outro modo, a sociedade que existe se limita a esse patrimônio especial, que não se confunde com o capital social da empresa licitante.

A relação é puramente interna (envolve apenas o sócio ostensivo e os sócios participantes) e restrita a esse quinhão. Os sócios participantes participam não da sociedade que se apresenta externamente, mas apenas da “conta de participação”. Eles não são sócios da empresa que tem a competência para executar o contrato, estando limitados ao quinhão que constitui o patrimônio especial. É por isto que o art. 993 do CC destaca que o contrato social da conta de participação cria uma relação apenas entre seus sócios, que não afeta o capital social do sócio ostensivo. Tanto é assim que as contribuições pecuniárias eventualmente aportadas pelos sócios participantes não passam a integrar o capital social do sócio ostensivo, mas sim constituem patrimônio especial, segregado daquele (TOMAZETTE, 2019, p. 332). Os sócios participantes aportam recursos e têm direito de participar dos resultados, nos termos definidos no documento específico que os vincula ao

sócio ostensivo. Nada além disso.

Na exata medida em que os sócios participantes não participarão do capital do empreendimento, deixa de se aplicar a regra geral de que o Poder Concedente deve analisar em caráter prévio a existência desses contratos. Desta forma, conclui-se que a celebração de contrato em conta de participação, nos termos em que ela é disciplinada no Código Civil, constitui operação que em nada interessa à Administração.

Em rigor, considerando o caráter interno das relações derivadas da conta de participação, tem-se que o melhor entendimento acerca do tema é que tal operação nem sequer precisaria ser levada a conhecimento do Poder Concedente, pois ela não traz qualquer mutação subjetiva que possa ser objeto da atenção da Administração. Aliás, como visto, é da essência da conta de participação que ela seja restrita aos sócios sem gerar efeitos externos, sendo que isso que justifica que a relação fique restrita apenas aos envolvidos nesse negócio específico.

A única ressalva que merece ser feita no que se refere à legalidade da utilização da sociedade em conta de participação diz respeito a casos em que além das cláusulas típicas desse contrato, criem-se outros compromissos entre as empresas, que impactam em temas sensíveis ao Poder Concedente. Nesse sentido, não se poderia utilizar a conta de participação como instrumento para dissimular transferências de controle ou implementar outros resultados que devem ser submetidos ao escrutínio da Administração. Como negócio atípico, pode ser que haja outras disposições nesses contratos que criem obrigações distintas daquelas previstas em Lei, como por exemplo exercício de poderes de controle por meio de direitos de voto e outras circunstâncias.

Portanto, existem claras exceções ao direito do licitante de se associar a terceiros para a execução do contrato. Nos dizeres de Marçal Justen Filho (2019, p. 1411),<sup>9</sup> se configura uma exceção à liberdade de associação e, conseqüentemente, à constituição de sociedades

---

<sup>9</sup> A título de esclarecimento, vale dizer que aqui se utiliza a edição de 2019 pois os comentários do autor, que são pertinentes aos objetivos do artigo, foram dirigidos a um dispositivo que não se encontra presente na Lei nº 14.133/2021, qual seja, o inc. VI do art. 78 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual constituía motivo para a rescisão do contrato “a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato”. De se notar, inclusive, que essa mudança reforça a tese exposta nesse artigo, já na Nova Lei a associação do contratado com outrem não mais configura uma das hipóteses de rescisão contratual.

de conta de participação para fins de contratações públicas, a criação de sociedades de fato ou irregular, e isso porque em tais casos “A execução da prestação passaria ao encargo de terceiros (total ou parcialmente), o que não pode ser admitido especialmente porque a conduta do particular permanece oculta, não sendo lavada ao conhecimento da Administração”. Importante notar, contudo, que nada disso decorre automaticamente da utilização da conta de participação. Respeitados os parâmetros legais, por si, a conta de participação é indiferente. O problema reside não na utilização da conta de participação, mas sim na previsão de outras obrigações que podem vir a contrariar regras legais ou contratuais.

Em outras palavras, a conta de participação não pode servir de instrumento para escamotear qualquer influência dos participantes na condução da Concessionária. A direção do negócio deve ser integralmente levada a efeito pela sócia ostensiva, que é quem foi selecionada pela Administração para gerir o empreendimento. Respeitados esses limites, a conta de participação é um meio de investir no empreendimento, mas não de outra relação que extrapole esse limite. E nesses casos, sua utilização é regular e lícita.

Nos casos em que a conta de participação puder impactar na direção da companhia ou produzir outro efeito que impacte os interesses da Administração (como por exemplo transferir materialmente a execução do contrato) ela deverá ser submetida ao Poder Concedente. Não por se tratar de conta de participação, mas por se tratar de negócio jurídico que afeta, potencialmente, o controle do particular.

A conta de participação constituída para captação de recursos não equivale aquela que implica, além disso, a existência de outras cláusulas que possam colidir com as disposições edital. Na exata medida em que a conta de participação ficar restrita ao modelo legal, sua utilização é indiferente à Administração. O que pode embaraçar sua utilização é a existência de disposições que impliquem na intrusão dos sócios participantes em dimensões que se sujeitam ao controle do Poder Concedente por se conectarem à própria execução do contrato.

Em linhas gerais, como o contrato de sociedade é atípico, deve se ter em mira que as suas regras não podem infringir prescrições do edital ou do contrato de concessão. Com efeito, o exercício da autonomia privada não se presta a dissimular o descumprimento de preceitos de ordem pública. Se é verdade que a utilização da conta de participação é lícita e

possível, isso não implica que por meio dela se burlem os preceitos do contrato de concessão. Mas como dito, tudo isso não decorre da simples celebração do contrato de concessão. Respeitado o figurino típico desse negócio, ele é perfeitamente lícito.

## **6. CONCLUSÕES**

Sintetizando as conclusões dos tópicos anteriores têm-se as seguintes ideias-chave.

- (i) O sentido e o alcance das normas legais e contratuais que restringem a autonomia de o parceiro privado organizar livremente sua personalidade jurídica têm por finalidade assegurar que os critérios objetivos avaliados por ocasião da sua escolha na licitação sejam preservados, essa é a finalidade das competências administrativas neste tema;
- (ii) A lei de concessões autoriza mudanças subjetivas, inclusive a alteração do poder de controle. O que ela exige é que haja comunicação preliminar, exatamente, para que se possa avaliar se persistem íntegros os elementos que foram considerados para fins de celebração do contrato. No contrato de sociedade em conta de participação todos os atos externos são imputados ao sócio ostensivo. Nestas sociedades, existe apenas uma relação interna e isolada entre o sócio ostensivo e os sócios participantes, que não se projeta externamente;
- (iii) Na exata medida em que persiste íntegra a personalidade e as obrigações do sócio ostensivo, a celebração de contrato de constituição de sociedade em conta de participação não interessa à Administração;
- (iv) Ainda que haja cláusula vedando qualquer alteração de capital, esta não se aplica à celebração de contrato de conta de participação, pois não há qualquer modificação do capital da sociedade que atua ostensivamente, há expressa segregação legal dos patrimônios entre os sócios, que não se confundem.
- (v) De todo modo, não podem ser previstas livremente cláusulas que alterem indiretamente o controle, pois essas devem ser submetidas à aprovação preliminar do Poder Concedente, sempre em linha com os preceitos trazidos pelo Edital e pelo Contrato de Concessão.
- (vi) Para fins do aqui exposto, há uma diferença entre sociedade de conta de participação constituída exclusivamente para fins de captação de recursos financeiros e sociedade em conta de participação na qual os sócios participantes estão envolvidos na execução do

contrato. A primeira não só é legal como pode ser constituída e levada a efeito independentemente de conhecimento por parte da Administração, enquanto a segunda depende de autorização do Poder Público para existir porque implica em uma modificação subjetiva que impacta na execução do contrato.

(vii) A constituição de sociedade em conta de participação não se trata de uma carta branca à disposição do particular, sendo vedadas mudanças contratuais relativas a temas sensíveis à Administração Pública sem o conhecimento desta, como é o caso de alterações subjetivas ou na forma de execução do contrato. Em outras palavras, não é permitido ao licitante dissimular o descumprimento de preceitos de ordem pública, de forma que afirmar a legalidade e a viabilidade da utilização da conta de participação não implica em aceitar que por meio dela se burlam os preceitos do contrato de concessão ou as disposições legais aplicáveis.

## 7. REFERÊNCIAS

ACETI JR., Luiz Carlos e REIS, Maria Flávia Curtolo. Sociedade em Conta de Participação. **Revista dos Tribunais**, n. 794, dez/2001.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. **A sociedade em conta de participação**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 192.603/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro – Primeira Turma.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001, v. 2, tomo 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, v. 2. 9. ed. De acordo com a lei de falências. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Rafael Vêras de. **A subconcessão de serviço público**. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**. Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Os contratos de concessão como técnica de efetivação de benefícios sociais e os reflexos no seu equilíbrio econômico-financeiro**. **Experiências**



**práticas em concessões e PPP**, Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões, v. II, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da Modificação Subjetiva dos Contratos Administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**. Belo Horizonte, ano 4, n. 41, maio 2005.

KUBRUSLY, Cláudia Tosin. Modificações Subjetivas nos Contratos de Concessão (Comentários a acórdão do STJ). **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2004.

LAUBADÈRE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, t. 2, Paris: LGDJ, 1956.

SABINO, Carlos Henrique de Mattos. Sociedades em conta de participação e as licitações envolvendo concessões de transporte coletivo: riscos e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010.

SUNFELD, Carlos Ari. **Transferibilidade como elemento essencial da concessão**. Pareceres – Direito administrativo contratual, v. 2, São Paulo: RT, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário**, v. 1, 10. ed., São Paulo: Saraiva: 2019.

*Data da submissão: 07/07/2021*

*Data da primeira avaliação: 30/07/2021*

*Data da segunda avaliação: 19/08/2021*

*Data da aprovação: 19/08/2021*

**ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA  
NA PRODUÇÃO DE LEIS EM SENTIDO ESTRITO***ANALYSYS OF REGULATORY IMPACT AND THE SEARCH FOR EFFICIENCY  
IN THE PRODUCTION OF LAWS IN THE STRICT SENSE***Bruno Bastos de Oliveira<sup>1</sup>****Marcos Vinícius de Jesus Miotto<sup>2</sup>****Fellipe Vilas Bôas Fraga<sup>3</sup>**

**RESUMO:** Considerando a importância da legislação na sociedade brasileira, mostra-se necessário refletir sobre ferramentas que proporcionem maior eficiência à atividade típica desempenhada pelo Poder Legislativo. Neste contexto, o presente artigo tem por objeto o estudo reflexivo sobre a Análise de Impacto Regulatório, utilizada principalmente na esfera de atuação do Poder Executivo, bem como a possibilidade de expansão do conceito para a produção de leis em sentido estrito. Para tanto, como sistema de referência, adota-se a Análise Econômica do Direito e opta-se, por metodologia de pesquisa, pelo método hipotético-dedutivo. Em relação ao procedimento teórico, utiliza-se a realização de pesquisas bibliográfica e legislativa, esta última compreendendo dispositivos previstos na Lei Complementar 95/98 e na LINDB. Ao final, concluiu-se pela possibilidade de expansão do conceito de AIR para a produção de leis em sentido estrito, indicando-se o instrumento para sua exigência como condição de validade da norma.

**Palavras-chave:** Análise de impacto regulatório; Lindb; Lei complementar n.º 95/98; Poder Legislativo; leis em sentido estrito.

**ABSTRACT:** Considering the importance of legislation in Brazilian society, it is necessary to reflect on tools that provide greater efficiency to the typical activity performed by the Legislative Branch. The present article has as its object the reflective study on the Analysis

---

1 Pós-doutor em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - Universidade de Marília (UNIMAR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1416133820227723>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4563-6366>. E-mail: [bbastos.adv@gmail.com](mailto:bbastos.adv@gmail.com).

2 Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8133502675226974>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2921-6860>. E-mail: [marcosmiotto@hotmail.com](mailto:marcosmiotto@hotmail.com).

3 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Doutorando em Ciências Jurídicas y Sociales pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Mestrando do Mestrado Profissional em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4154979095213313>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9098-3148>. E-mail: [fellipevilasboas@gmail.com](mailto:fellipevilasboas@gmail.com).

of Regulatory Impact, mainly in the sphere of action of the Executive Branch, as well as the possibility of expanding the concept for the production of laws in the strict sense. As a reference system, the Economic Analysis of Law was adopted and the research method was chosen by the hypothetical-deductive. Regarding the theoretical procedure, bibliographic and legislative research should be carried out, the latter comprising the provisions of Complementary Law 95/98 and LINDB. In the end, it is concluded that the concept of ARI can be expanded to produce laws in the strict sense, indicating the instrument for its requirement as a condition of validity of the standard.

**Keywords:** Regulatory impact analysis; Lindb; Complementary law 95/98; Legislative Branch; Laws in the strict sense.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Estado regulador, atividade regulatória e poderes executivo e legislativo 3. Eficiência da atividade regulatória, impactos da regulação e air 3.1 análise de impacto regulatório e avaliação de impacto legislativo 3.2 eficiência, regulação e lindb 4. Poder legislativo, legística, lei complementar nº 95/98 e a produção de leis em sentido estrito 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A produção legislativa no ordenamento jurídico brasileiro é acentuada, o que não implica, necessariamente, na qualidade e eficiência regulatória. Ao contrário, a grande quantidade de leis existentes pode ser indício de que sua produção não atende aos critérios de objetividade, clareza e efetividade, exigindo a edição de outras normas.

Em outros termos, parte das leis existentes no ordenamento jurídico brasileiro carece de eficiência, tendo em vista que, por vezes, não regulamenta de forma satisfatória todas as condutas humanas ou o fazem de tal forma que demonstra a necessidade de avaliação de seus impactos e consequências antes da introdução no ordenamento jurídico, considerando, por exemplo, as externalidades e os custos de transação envolvidos.

Ademais, a evolução social e as mudanças que se sucedem no mundo contemporâneo processam-se de forma célere, razão pela qual, em diversas circunstâncias, a lei em sentido estrito, produto do trabalho do Poder Legislativo, não acompanha a dinâmica das relações humanas e precisa, periodicamente, ser revista e atualizada.

Diante de tais constatações, torna-se necessária a adoção de um mecanismo de avaliação da regulação para possibilitar a concretização da eficiência e da transparência da atividade regulatória desempenhada pelo Poder Legislativo. Um dos instrumentos que possibilitam este exercício no âmbito do Poder Executivo é a Análise de Impacto Regulatório

(AIR).

Com isso, considerando a escassa produção acerca da matéria no Direito brasileiro, esta pesquisa analisa o instituto da AIR a fim de verificar a possibilidade e os modos pelos quais pode ocorrer sua introdução na esfera de atuação do Poder Legislativo. Isso implica, também, na averiguação das normas e outras ferramentas existentes no Direito brasileiro e que orientam e auxiliam o trabalho do legislador, a exemplo dos termos da Legística.

Desta forma, o objetivo desta pesquisa é explanar acerca da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e sua relação com a LINDB (BRASIL, 1942), a Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998) e, de forma mais abrangente, com o Poder Legislativo, a fim de, ao final, emitir parecer conclusivo no sentido de ser possível a expansão do conceito para a produção de leis em sentido estrito e indicar qual o veículo normativo apto para introduzir sua exigência como condição de validade das normas.

Para tanto, é imprescindível uma abordagem acerca das noções básicas de regulação, bem como da atividade desempenhada pelo Poder Legislativo quando da produção de leis em sentido estrito, o que exige, concomitantemente, a análise de alguns dos dispositivos contidos na LINDB (BRASIL, 1942) e na Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998), conforme acima explicitado.

Assim, este trabalho é fracionado em tópicos basilares. Em um primeiro momento, analisar-se-á a definição e importância da regulação na sociedade, bem como a função atribuída ao legislador no Direito brasileiro. Em seguida, o estudo se debruça nas peculiaridades da AIR, sua diferença com a Avaliação de Impacto Legislativo, bem como em alguns dispositivos da LINDB (BRASIL, 1942) e da LC n.º 95/98 (BRASIL, 1998), que introduziu termos da Legística no Direito brasileiro.

Tratando-se de matéria relativa ao Direito Regulatório, a Análise Econômica do Direito foi o sistema de referência abordado neste estudo. No tocante à metodologia, a escolha foi pela realização de pesquisas bibliográfica, principalmente com a revisão de periódicos acerca da temática, e legislativa, através da análise dos dispositivos nacionais acima mencionados, com a utilização do método dedutivo.

## **2. ESTADO REGULADOR, ATIVIDADE REGULATÓRIA E PODERES**

## EXECUTIVO E LEGISLATIVO

Com este tópico, objetiva-se explicitar o conceito e a importância da regulação, bem como as funções atribuídas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo no que se refere à regulamentação das condutas humanas, criando, desta forma, a base necessária para a discussão da problemática proposta (CARDOSO; AMARAL, 2020).

Com efeito, desde que proibiu a autotutela, o Estado atraiu para si a função de regulamentar as condutas humanas e harmonizar o tecido social. Para tanto, conta com as funções Executiva, Legislativa e Judiciária, independentes entre si, mas que devem atuar de forma harmônica para possibilitar o equilíbrio do sistema e promover o interesse coletivo (BRASIL, 1988)<sup>4</sup>.

Nesse sentido, a regulação, por constituir atividade do Estado e um de seus deveres primordiais para a contribuição do desenvolvimento humano (FRAGA; OLIVEIRA, 2020, p. 169), pode se traduzir tanto no desempenho de função administrativa como legislativa e jurisdicional (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 6).

O Estado deve criar regras que orientem os comportamentos humanos, nas mais diversificadas situações da vida cotidiana, a fim de permitir a manutenção do convívio social e o desenvolvimento nacional. Essa função se refere à regulação. Através da regulação, busca-se a edição de normas para possibilitar a vida em sociedade e a resolução dos conflitos, sendo por esse motivo que o apego à lei como limitadora do poder estatal e expressão de vontade da população fez com que consolidasse a ideia de que a legislação poderia normatizar todos os aspectos da vida do homem, sendo ela capaz de trazer a ordem e a paz social (DIAS; SILVA, 2017, p. 39).

Além disso, com a desestatização e instituição do modelo de Estado Regulador, ocorrida, principalmente, a partir de 1990, a Administração Federal, por exemplo, transferiu a prestação de diversos serviços públicos e, com isso, criou agências reguladoras para regulamentar e fiscalizar as atividades repassadas à iniciativa privada a fim de preservar a defesa do interesse coletivo (PROENÇA; RODRIGO, 2012, p. 220), estando nesse sentido a procura de uma governança mais eficiente, sendo a qualidade regulatória, atualmente, um

---

4 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

dos maiores desafios do Estado (PROENÇA; RODRIGO, 2012, p. 220).

A legitimidade de intervir nas esferas individuais e reger os comportamentos encontra respaldo no próprio texto constitucional, quando este consagra o princípio da legalidade (BRASIL, 1988)<sup>5</sup>. Nesse cenário de submissão do Estado ao Direito, o princípio da legalidade consolida-se como meio de garantia da segurança jurídica e da limitação da atuação da Administração Pública na sociedade (DIAS; SILVA, 2017, p. 39).

Logo, a legalidade é uma garantia que os indivíduos possuem de poder realizar todas as atividades que a lei (em sentido amplo) não proíbe e/ou criminaliza. Em contrapartida, por meio deste princípio, deve o Poder Público pautar sua atuação na estrita observância dos limites impostos pela lei, conforme artigo 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>6</sup>.

Tendo em conta o princípio da legalidade e a necessidade de regulamentar as condutas humanas, o Estado pode exercer sua competência normativa através da edição de códigos, leis, decretos, regulamentos, portarias e outros instrumentos normativos, uma vez que as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (BOBBIO, 1995, p. 17).

Para os fins do presente estudo, considerar-se-á que todas essas manifestações são atividades de regulação do Estado, uma vez que influenciam, direta ou indiretamente, o comportamento dos indivíduos, permitindo, proibindo ou regulamentando determinadas ações.

Se as normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana (KELSEN, 1998, p. 22), a regulação pode ser entendida como uma ação dinâmica estatal caracterizada pela limitação do exercício da atividade regulada, mediante políticas que visem o interesse coletivo e determinados comportamentos do agente atingido pelo processo (PLACHA, 2007, p. 19).

Considerando essa função, referida atividade exige eficiência, racionalidade e razoabilidade, o que implica na adoção de técnicas tendentes a averiguar os impactos

---

5 Art. 5º. [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

6 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

advindos de seu exercício, bem como eventuais arbitrariedades cometidas em decorrência da discricionariedade que o Estado possui ao reger um comportamento.

Isso se justifica, principalmente, porque a ineficiência regulatória provoca falhas de mercado e dispêndios para o Estado e, conseqüentemente, para a coletividade, uma vez que esta é a titular, ou destinatária, dos serviços prestados por aquele. Com isso, uma boa administração dos recursos implica na adoção de técnicas para garantir a análise dos impactos e a eficiência regulatória (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 6).

Em síntese, a perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 85). A eficiência da regulação deve ser uma imposição ao agente competente para referida função, pois o comportamento dos indivíduos, bem como o próprio mercado e as atividades nele desenvolvidas, são condicionados pelas regras impostas pelo Estado, com base no princípio da legalidade.

Nesse sentido, lecionam Payão e Vita que:

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, a regulação, uma vez adequada, produzirá efeitos positivos ao fomento econômico e até à arrecadação de receita, repercutindo, por conseguinte, no cumprimento das funções institucionais do Estado, alcançando a eficiência. Em contrapartida, uma regulação incompatível produzirá falhas de mercado. (PAYÃO; VITA, 2018, p. 217).

É por meio da regulação que se exterioriza o princípio da legalidade. A lei é, simultaneamente, fundamento e limite de atuação do Estado, que deve atender aos princípios, objetivos e fundamentos do texto constitucional (FERREIRA FILHO; FERREIRA, 2016, p. 126). Através da legalidade o Estado tem legitimidade para regulamentar os comportamentos humanos e, inclusive, intervir nas atividades existentes no mercado e na própria ordem econômica. Em virtude disso, os agentes do Estado encarregados da regulação devem analisar todas as opções e optar pela melhor alternativa para a coletividade.

Com a eficácia e a eficiência da regulação alcança-se, respectivamente, a aptidão para a produção dos efeitos e os melhores resultados, rendimentos e concretização mais produtiva dos objetivos, reduzindo ou erradicando os erros e as perdas (ZYLBERSZTAJN; STAJN,

2005, p. 85).

Essa exigência ocorre porque a influência da legislação no comportamento dos atores sociais e dos agentes do Estado revela a importância de conduzir a produção legislativa por processos que alcancem, de fato, os objetivos pretendidos (DIAS; SILVA, 2017, p. 40).

Assim, a Organização dos Poderes está estampada no Título IV da Constituição Federal e, especificamente, o Poder Legislativo possui previsão no Capítulo I de referido Título (BRASIL, 1988). As funções exercidas pelo Poder Legislativo, todavia, em especial a elaboração das normas, não são tão simples.

Em diversas situações, além de reger as condutas humanas, são as leis que traçam as estratégias para a formulação e implementação de direitos e de políticas públicas visando o atendimento das necessidades da população. E a complexidade do trabalho de produção legislativa quando aduz que a realidade brasileira é marcada de disformes matrizes regionais e sociais, pluralismo ideológico, caldeirão de raças e credos onde aspectos multiculturais, derivados, inclusive, da inevitável inserção no contexto de um mundo globalizado, fazem-se simultaneamente presentes (PETTER, 2008, p. 138).

Dessa feita, a regulação dos setores econômicos e das atividades humanas deve levar em consideração as peculiaridades da sociedade, bem como as necessidades coletivas e dinamização característica do sistema a fim de que as normas tenham eficácia e coerência social (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 4).

Somente com isso é possível a adequação e incidência das normas aos casos concretos e, por exemplo, promoção de uma eficiente alocação de recursos, eliminação de falhas de mercado e redução de externalidades (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, pp. 4-5).

Para tanto, o Processo Legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, conforme previsto no artigo 59, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Além disso, o artigo 59, no parágrafo único, da Constituição, ainda impõe a edição de uma Lei Complementar para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis (BRASIL, 1988). Materializando essa exigência, foi editada a Lei Complementar 95/98 (BRASIL, 1998), que será melhor analisada em item específico desta produção.



Com efeito, a sociedade cambiante, existente não apenas no Estado brasileiro, exige, além da realização de um processo legislativo responsável e coerente, a formulação de normas que acompanham o desenvolvimento e evoluções, o que implica na observância dos efeitos da regulação e de critérios para a eventual revisão de referidos atos (SALINAS, 2008, p. 23).

Assim, para Salinas (2008, p. 23) o Estado, no exercício da atividade regulatória, deve se empenhar para verificar e assegurar a adequação da norma à realidade social, aferindo as consequências práticas da regulação, a racionalidade, proporcionalidade e coerência da medida para o desenvolvimento social.

É possível asseverar que toda a produção normativa deve observar os mandamentos constitucionais, a realidade vivenciada pela sociedade a ser regulada e as disposições existentes no sistema, que serão trabalhados no próximo tópico, para conferir o mínimo de coerência, clareza e objetividade à regulação, garantindo sua eficácia e eficiência no ordenamento, num sentido de completude que, segundo Norberto Bobbio (1995, p. 115), seria a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma que regulamenta qualquer caso, ou seja, a falta de lacunas, não havendo caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.

Ademais, a regulação, em diversas situações, envolve conhecimentos básicos de outras áreas, a exemplo da Antropologia, Sociologia, Economia, Administração, inclusive áreas mais específicas, a depender da atividade regulada. Isso denota a interdisciplinaridade da atividade e a necessidade de se avaliar os impactos no setor regulamentado (STUCKERT, 2015, p. 302).

Isso se deve ao fato de que “o Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica” (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 85). Enfim, a atividade de regulação, é um exercício interdisciplinar e, em que pese a existência de certos parâmetros preordenados, é, também, uma atividade que implicará em determinada inovação no ordenamento, o que exige a observância da ordem jurídica vigente, sob pena de carecer de validade (PLACHA, 2007, p. 116).

Considerando esta porção de discricionariedade típica da atividade regulatória desempenhada pelo Estado, consistente na inovação durante o exercício da atividade

regulatória, mostra-se relevante analisar as consequências, inclusive econômicas, da regulação produzida antes de se fazer incidir na vida prática.

Outrossim, a produção das leis e dos regulamentos deve ocorrer através de um processo pautado na responsabilidade e na eficiência, que leve em consideração aspectos sociais, mas também econômicos, e os custos envolvidos na atividade, pois “fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação das normas” (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 85).

A qualidade legislativa deve ser uma diretriz para o Estado em razão da ordem político-jurídico e social, na qual “a lei passou a ser debatida quanto à sua eficiência como instrumento de consecução de direitos e garantias e, conseqüentemente, de justiça social” (DIAS; SILVA, 2017, p. 40). Em síntese, inadequação da lei à realidade social não confere à regulação a eficácia almejada pelo regulador e, por conta disso, carece de eficiência.

E um dos efeitos decorrentes disso é a produção de mais normas tendentes a melhorar a qualidade da regra pretérita, o que proporciona um cenário abarrotado de leis, conduzindo, com esse notório aumento quantitativo de leis, a um forte decréscimo da sua qualidade formal e material (SCALCON, 2017, p. 114).

Essa dissonância, portanto, deve ser corrigida no ordenamento, uma vez que pode induzir a ineficiência das atividades realizadas na sociedade e comprometer a coerência das normas vigentes. Para tanto, uma das ferramentas utilizadas no âmbito do Poder Executivo é a Análise de Impacto Regulatório.

Dito isto, será possível, então, a expansão deste conceito e sua utilização para a produção de leis em sentido estrito? Para responder à esta problemática, necessário se faz tecer considerações acerca do instituto e de algumas de suas particularidades.

### **3. EFICIÊNCIA DA ATIVIDADE REGULATÓRIA, IMPACTOS DA REGULAÇÃO E AIR**

Com este tópico, objetiva-se discorrer acerca da definição e características da Análise de Impacto Regulatório (AIR), bem como sua aplicabilidade e a experiência internacional envolvendo o instituto. Almeja-se, portanto, proporcionar a base teórica para a discussão sobre a possibilidade de expansão do conceito para a produção de leis em sentido estrito.

A a avaliação de impacto regulatório é, de acordo com Valente (2010, p. 29), “um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatório estatal, baseada no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma decisão”. Trata-se, portanto, de um mecanismo apto ao aperfeiçoamento da atividade regulatória com base “na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes” (PECI, 2011, p. 337).

No mesmo sentido, segundo Lamare (2015, p. 32), a análise do impacto regulatório é o “instrumento que permite a explicitação do problema regulatório que se pretende corrigir, o detalhamento das alternativas regulatórias aplicáveis e a abordagem da eficiência e das consequências dessas alternativas”, ou seja, o instrumento revertido para solução de impasses regulatórios que abarca, dentre outros, a constatação do problema, os dispêndios e os custos envolvidos, forma de atuação, bem como os impactos no setor regulado (VALENTE, 2010, p. 34).

E todas essas medidas almejam alcançar a eficiência regulatória com o melhor custo-benefício, introduzindo no sistema uma regulação apta a solucionar os problemas enfrentados pela sociedade e com o maior benefício público (PECI, 2011, pp. 337-338). Desta forma, a participação social no processo é um importante fator a ser considerado e que proporciona legitimidade à política de regulação a ser adotada através da análise de impacto realizada.

Logo a análise do impacto regulatório é um processo que envolve planejamento e participação social, conferindo maior legitimidade às políticas regulatórias, mas que não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade e/ou da qualidade da regulação estatal, uma vez que a própria decisão quanto à necessidade de instituição da regulação é discutida na AIR. Durante o processo, as alternativas à regulação direta – como subsídios, disponibilização de informação ao público, instituição de taxas e autorregulação – são ponderadas no intuito de eleger a melhor decisão (OLIVEIRA, 2014, p. 394).

O propósito último da análise do impacto regulatório é a eleição da providência regulatória mais eficaz à resolução do impasse apontado com fundamento na quantificação e comparação dos benefícios e custos derivados das opções disponíveis. Para isso, antes da introdução ou alteração da norma no ordenamento, realiza-se um estudo prévio para aferir

eventuais adversidades resultantes da regulação e os efeitos daí advindos para o setor, capacitando o agente regulador para a tomada de decisões eficientes (VALENTE, 2010, p. 30).

Ademais, o interesse público é resguardado quando da elaboração desta análise, pois os efeitos da regulação são previamente estudados para se verificar a viabilidade da introdução ou alteração regulatória no segmento, bem como as demais opções disponíveis, objetivando-se a seleção da melhor alternativa regulatória e democratização da governança (PECI, 2011, p. 339).

Considerando que a regulação ineficiente pode ser a gênese de dispêndios para o poder público, para o mercado e para a sociedade, a avaliação qualitativa da regulação se torna imprescindível para a garantia do desenvolvimento social e econômico e o atendimento dos anseios da coletividade (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 6).

Em resumo, a regulação é fomentada com a AIR, pois o procedimento visa a tomada de decisões mais adequadas e eficientes para determinada circunstância fática apresentada e que anseia solução, caracterizando um Estado mais responsável, pautado, precipuamente, na adoção de medidas eficientes, legítimas e seguras do ponto de vista social, econômico e jurídico.

Não obstante, é fato notório que, no mundo contemporâneo, por vezes, os regulamentos e as normas arquitetam a implementação de políticas públicas. É neste contexto que a AIR também apresenta sua relevância, uma vez que a regulação deve se atentar aos custos do segmento normatizado, melhorando a qualidade do processo e proporcionando práticas de boa governança, com consulta à população e transparência (QUEIROZ; VIEIRA, 2012, p. 82).

Nesse sentido, “qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super-regular condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade” (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 80).

Diante destas constatações, é incontroverso que a produção regulatória deve obedecer aos métodos de elaboração e revisão, evitando-se a instabilidade jurídica decorrente da confecção de uma norma ineficaz social e economicamente e provocando o aumento de

normas ineficientes. Isso porque a inflação legislativa e a segmentação regulatória não se coadunam ao modelo do Estado de bem-estar que, segundo Grau (2018, p. 343), é o modelo econômico aberto definido na Ordem Econômica consagrada na Constituição de 1988.

Pode-se considerar que a existência de uma quantidade considerável de regulações acerca de uma determinada matéria implica, por vezes, na constatação de que as normas produzidas não foram eficientes para resolver o impasse da atividade regulada. Outrossim, esse excesso ou inadequação pode suprimir a competição e eliminar diversos agentes do mercado (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 6).

Da mesma forma, há de se destacar que o entendimento dos indivíduos em relação às normas é comprometido diante do acentuado número de leis existentes e é desarrazoado exigir que a população conheça “todo o arcabouço legal quando há milhares de leis, decretos, portarias e etc. que regem suas vidas” (DIAS; SILVA, 2017, p. 44).

A dinamicidade social exige a observância de maior racionalidade na regulação. É por esta razão que a AIR assume importante função no aperfeiçoamento da qualidade normativa, notadamente porque possui como principal objetivo o estímulo ao compromisso e responsabilidade na confecção de atos normativos (VALENTE, 2010, p. 30).

A AIR indica, para isso, as consequências práticas, após uma avaliação elucidada dos possíveis impactos de aludida regulação, em aspectos sociais, econômicos e jurídicos, melhorando, com isso, a própria qualidade da produção normativa (VALENTE, 2010, p. 30).

É por isso que:

O argumento central é que a AIR no Brasil, mesmo se adotada sem análises quantitativas sofisticadas de custos e benefícios, pode representar um avanço significativo no desenvolvimento das políticas públicas e da qualidade regulatória no país, por integrar três elementos hoje ausentes ou pouco explorados – e raramente presentes simultaneamente – nesses processos: 1) o uso sistemático e explícito de dados/informações empíricas na análise dos problemas e das alternativas de solução que reclamam a intervenção estatal (racionalidade técnica); 2) a consulta e o comprometimento efetivo dos *stakeholders* (participação social); 3) a comunicação dos fundamentos das decisões tomadas (transparência). (QUEIROZ; VIEIRA, 2012, p. 75).

A título exemplificativo, a Lei n.º 13.874/2019 (BRASIL, 2019a), conhecida como

Lei da Liberdade Econômica, trouxe previsão da AIR em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>7</sup>, sedimentando uma tendência que “já era adotada pelas Agências Reguladoras, mas que, segundo parece ser esse o motivo, carecia de uma reafirmação do seu conteúdo normativo”. Verifica-se, então, uma preocupação na reafirmação de mudança da função do Estado em relação à intervenção no mercado, exigindo-se a aferição da razoabilidade do impacto advindo de atos normativos reguladores de setores essenciais ou estratégicos (ROSSIGNOLI; REIS, 2020, p. 1554).

Além disso:

A euforia em torno da AIR é facilmente identificável. Se fora do país a sua defesa e o seu uso já não são uma novidade, recentes produções normativas, como as leis 13.874/19, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e a Lei 13.848/2019, conhecida como “Nova Lei das Agências Reguladoras Federais”, revelam que, entre nós, a sua rápida disseminação é questão de tempo. O otimismo em torno dos seus potenciais para orientar decisões sensíveis aos seus efeitos na realidade deixa-se igualmente notar quando se sustenta a ampliação do seu emprego para nortear até mesmo escolhas legislativas que envolvam temas penais, especialmente as que versam sobre segurança pública. (LEAL, 2019, p. 314).

Considerando os objetivos perseguidos pela AIR, é possível que seu uso ocorra nos mais variados ramos do Direito, sejam eles do Direito Público ou Privado. Zylbersztajn e Stajn (2005, p. 81) afirmam, com isso, que é comum aos estudos de *Law and Economics* a constatação da importância de uma espécie de avaliação na produção das normas para garantir a eficiência.

Com isso, a seguir, de forma ilustrativa, serão feitas algumas considerações sobre a possibilidade de incidência da AIR no âmbito do Direito Penal, ressaltando a contribuição que esta ferramenta proporcionaria ao sistema criminal.

Com efeito, as normas nacionais voltadas à segurança pública não enfrentam com efetividade a estrutura do fenômeno criminal, agravando os problemas para os quais inicialmente foram projetadas, tal como o caso da Lei Anticrime (BRASIL, 2019b) e dos

---

7 Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada (BRASIL, 2019a).

decretos presidenciais editados para a posse e porte de armas de fogo (SARMENTO; BORGES, 2019).

Essa situação corrobora a tese de que é necessário se avaliar os impactos que a regulação proporcionará no sistema, a fim de que as normas sejam editadas com racionalidade, coerência e eficiência, para que tenham eficácia social e praticabilidade concreta no sistema jurídico.

Para Sarmiento e Borges (2019), um dos impactos que não foram analisados quando da edição do Projeto de Lei Anticrime (BRASIL, 2019b) é justamente a possibilidade de uma acentuada ampliação da população carcerária no país, tendo em vista o aumento de penas e empecilhos às progressões.

Outro exemplo citado pelos autores diz respeito à legítima defesa, que foi demasiadamente estendida para justificar as execuções ocorridas por forças policiais e que já apresentam, no cenário nacional, elevado índice (SARMENTO; BORGES, 2019).

A AIR, nesse sentido, constituiria uma importante ferramenta à disposição do legislador para a aferição desses impactos no setor regulado, uma vez que seria possível prever, de forma mais concreta, as consequências das medidas adotadas, como o exemplo da criminalidade e necessidade de criação de mais estabelecimentos prisionais diante do crescimento carcerário.

Em outros termos, é possível a ampliação do uso da AIR para a orientação de decisões sensíveis aos seus efeitos, o que pode incluir também a área do Direito Penal, principalmente os temas envolvendo a segurança pública (LEAL, 2019, p. 314).

Nesse contexto, “o desprezo pelo estudo das consequências da produção normativa no campo penal tem incentivado a apresentação de propostas legislativas baseadas em meras intuições, quase sempre correspondentes ao senso comum punitivista” (SARMENTO; BORGES, 2019).

O conjunto apresentado até o momento denota que as exigências de AIR no direito brasileiro se restringem, principalmente, às normas com caráter eminentemente econômico, mas, diante da contextualização acima realizada, no campo do Direito Penal, mostra-se necessária a extensão do conceito para abranger, também, outras matérias de atuação do Estado.

### 3.1 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E AVALIAÇÃO DE IMPACTO LEGISLATIVO

Assim como muitas nações já se preocupam com a melhoria da atividade regulatória e se utilizam para tanto, em diversas situações, de comissões ou de órgãos técnicos encarregados de promover a apreciação constante da qualidade das políticas regulatórias (MENEGUIN; SILVA, 2017, p. 21), no ordenamento jurídico brasileiro existem diversos mecanismos de controle estatal, como as auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União e o estudo de impacto ambiental (EIA) (VALENTE, 2010, p. 36), sendo a delimitação da AIR essencial para a solução da problemática apresentada neste estudo.

Outrossim, a distinção entre Análise de Impacto Regulatório e Análise de Impacto Legislativo (AIL) é substancial, uma vez que, por vezes, os institutos podem ser confundidos. Se a AIR consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas e eficazes (LADEIRA; et. Al., 2020, p. 47), a Análise de Impacto Legislativo (AIL) se trata de uma avaliação dos efeitos decorrentes da aplicação de uma lei através de um procedimento especializado que utiliza técnicas da ciência da Legística.

Nas precisas lições de Valente:

Na avaliação legislativa, o próprio Poder Legislativo é fiscalizado a partir da avaliação realizada com vista a conferir maior eficiência e eficácia para as normas produzidas, sem qualquer pretensão de oferecer novo mecanismo, mas apenas reforçar os atributos já existentes, como a transparência e a responsabilidade dos representantes do povo. (VALENTE, 2010, p. 48).

De acordo com Andrade e Santana (2017, p. 793), através da AIL é possível identificar os problemas que a lei busca solucionar, seus objetivos, alternativas, análise dos impactos das opções existentes, comparações e avaliação futura. Destarte, a AIL permite o cálculo dos impactos da aplicação da norma e verificação do atendimento das expectativas do legislador.



Entretanto, a AIL pode ser realizada tão somente por juristas com habilidades de sociologia jurídica, enquanto a AIR implica, necessariamente, pelo menos um jurista e um economista (VALENTE, 2010, p. 48). Assim, na AIR, “nem mesmo para assuntos puramente jurídicos é possível dispensar a análise econômica das opções de medidas regulatórias a fim de traçar seus impactos econômicos sobre o Estado, o setor regulado, os usuários, os consumidores e a sociedade em geral” (VALENTE, 2010, p. 48).

Como pontos de semelhança, é certo que as duas análises (AIL e AIR) possuem natureza *ex ante* e englobam as razões que justifiquem a intervenção, o planejamento das ações, escolha dos agentes responsáveis pela implementação, sondagem e pesquisa das normas pelas quais será regida e análise de eventuais efeitos de sua instituição (MENEGUIN; SILVA, 2017, p. 17).

Desta forma, conceitua-se essa perspectiva de avaliação *ex ante* como Avaliação de Impacto Legislativo (AIL), e como Avaliação de Impacto Regulatório (AIR) quando se trata da esfera normativa infra legal e regulamentadora (MENEGUIN; SILVA, 2017, p. 17).

Quanto às etapas, a AIL e AIR guardam especificidades. Acerca da AIL, Salinas (2008, p. 30) expõe uma síntese onde indica o *iter* legislativo, o qual inclui a definição do problema, determinação dos objetivos, definição dos cenários alternativos, avaliação legislativa *ex ante*, decisão legislativa, implementação da lei e avaliação *ex post*.

A delimitação do problema objeto de avaliação e dos objetivos a serem alcançados com o procedimento possibilita uma análise mais circunscrita e, conseqüentemente, com maior possibilidade de opção pela alternativa legislativa mais eficiente diante dos diversos cenários que podem surgir quando de sua realização (SALINAS, 2008, p. 30).

Após a definição do panorama, deve-se proceder, fazendo-se referência ao termo adotado por Salinas, uma avaliação *ex ante*, na qual será possível aferir eventuais conseqüências geradas com a escolha realizada. Com isso, toma-se a decisão, cria-se e institui-se a lei para, posteriormente, realizar-se uma nova avaliação (SALINAS, 2008, p. 30).

Por outro lado, Valente (2010, p. 54) expõe que na AIR, ao contrário do que ocorre com a AIL, as etapas do procedimento sofrem variações conforme as peculiaridades do problema a ser resolvido e, também, podem envolver mais ou menos profissionais de outras

áreas do conhecimento.

Diante das características apresentadas, verifica-se que, apesar de algumas similitudes entre os institutos, a AIR pode ser considerada mais abrangente do que a AIL, tanto do ponto de vista procedimental, quanto dos objetivos e dos profissionais envolvidos na análise realizada. É, com isso, uma medida que proporcionaria maior eficiência às normas.

### 3.2 EFICIÊNCIA, REGULAÇÃO E LINDB

Ainda sobre o exercício da atividade regulatória, convém tecer comentários acerca das alterações ocorridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro através da Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, foram inseridas, em 2018, alterações na LINDB (BRASIL, 1942) relacionadas à eficiência regulatória. Com isso, as mudanças ocorridas no diploma normativo ressaltam a relevância da avaliação dos efeitos das decisões ao impor, por exemplo, aos gestores e reguladores, a análise das alternativas disponíveis.

Com efeito, o artigo 20 da LINDB (BRASIL, 1942), com a nova redação dada pela Lei n.º 13.655/2018, estabelece que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 2018).

A redação do artigo supramencionado denota a necessidade de verificação dos impactos práticos da decisão na atividade regulada, impondo ao agente a identificação de alternativas regulatórias viáveis afim de que se escolha a que melhor atenda aos anseios e necessidades da coletividade.

Para tanto, deve a motivação da decisão indicar a necessidade e adequação da medida importa, nos termos do §1º do aludido dispositivo (BRASIL, 2018), reforçando a responsabilidade decisória da autoridade, diante de incidência de norma, cujo conteúdo comporta mais de uma solução, visto que deverá motivar sua deliberação, demonstrando a necessidade de medida imposta ou da nulidade decidida (DINIZ, 2020, p. 19).

Na mesma perspectiva, a nova redação do artigo 21 da LINDB (BRASIL, 1942), dada também pela Lei n.º 13.655/2018, dispõe que “a decisão que, nas esferas administrativa,

controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas” (BRASIL, 2018).

Novamente o texto legal ressaltou a importância de analisar os impactos decorrentes da tomada de uma decisão, agora impondo também ao agente responsável pela invalidação das espécies enumeradas no *caput* do dispositivo acima mencionado, a motivação e a indicação das consequências, judiciais e administrativas, advindas da decretação de invalidação.

Inobstante a exigência anteriormente exposta, o parágrafo único, do artigo 21 da LINDB (BRASIL, 1942), ainda impõe, quando for o caso, que a decisão de invalidação indique as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (BRASIL, 2018).

De acordo com Maria Helena Diniz:

Se assim é, o tomador de decisão deverá, antes de invalidar o ato, não só averiguar a incidência da invalidação no mundo fático, os custos que gerará, as pessoas que afetará, o conjunto de circunstâncias imprescindíveis para a existência do ato, mas também como se dará sua regularização, apontando, mediante exame motivado, o que deverá ser feito ou desfeito, de forma proporcional e equânime, em decorrência daquela nulidade, sem que haja prejuízo aos interesses gerais, visto que não se poderá, conforme as peculiaridades do caso, impor aos atingidos perdas ou ônus anormais ou excessivos. (DINIZ, 2018, p. 309).

Em termos gerais, com a análise do aludido artigo, pode-se depreender que o que se pretende assegurar, diante das exigências contidas no dispositivo, é a preservação dos interesses gerais relativos ao ato, contrato, ajuste, processo ou norma cuja invalidação foi decretada.

Assim, a necessidade de se indicar as consequências jurídicas e administrativas da decisão encontra amparo na imposição de se fortalecer a segurança jurídica e eficiência na regulação e aplicação do direito, objetivo almejado pelas alterações trazidas pela Lei n.º 13.655/2018 à LINDB (BRASIL, 1942).

Na mesma dimensão, por sua vez, o artigo 22 do diploma normativo supramencionado assevera que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (BRASIL, 2018), o que evidencia a importância de uma análise das decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora e judicial, haja vista a exigência de avaliação das consequências práticas, obstáculos e dificuldades a serem enfrentadas quando da tomada de decisões e da interpretação da norma.

Tal conclusão também é reforçada pelo disposto no §1º, ainda do artigo 22, o qual determina que serão consideradas, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (BRASIL, 2018).

Com efeito, apenas a partir de uma análise relativa aos empecilhos e benefícios da atividade regulatória é que se alcançará a eficiência e a produtividade, garantindo-se o desenvolvimento do setor regulamentado. Em outros termos, é inadmissível a regulação ou alteração de normas sem que se cogite, paralelamente, os seus efeitos práticos.

Todavia, apesar da importância atribuída à eficiência regulatória pelas alterações na LINDB (BRASIL, 1942), o diploma normativo não trouxe qualquer dispositivo legal para compelir a AIR no âmbito do poder legislativo para a produção de leis em sentido estrito. Assim, mais uma vez, ressalta-se a inexistência de comando legal determinando a AIR no procedimento legislativo.

#### **4. PODER LEGISLATIVO, LEGÍSTICA, LEI COMPLEMENTAR Nº 95/98 E A PRODUÇÃO DE LEIS EM SENTIDO ESTRITO**

O exposto até o presente momento permite depreender que o sistema jurídico brasileiro anseia e carece de um mecanismo de controle das decisões tomadas pelo Poder Legislativo quando do exercício de sua atividade típica, qual seja, a produção de leis em sentido estrito, e o conjunto de saberes desenvolvido para tal objetivo seria denominado *Legisprudence* ou *Legistics* – em português, ‘Legística’, que pretende, portanto, produzir recomendações cientificamente fundadas sobre como bem legislar (SCALCON, 2017, p.

115).

Isso porque, parte das exigências sobre a análise regulatória referem-se ao Poder Executivo e às agências reguladoras. O objetivo é simples e diz respeito à necessidade de racionalização e maior eficiência da atividade desempenhada por esta função do Estado.

Com isso, a partir deste momento, este estudo se debruçará no significado e alcance da Legística, bem como nas normas do ordenamento jurídico brasileiro que balizam a atuação do Legislador no exercício de sua função típica, notadamente com a análise da Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998) e possibilidade de inserção da AIR neste instrumento normativo, com o objetivo de refletir sobre as exigências e instrumentos à disposição do Legislador para a realização de sua atividade, bem como sobre eventual importância de se instituir uma análise de impacto regulatório neste exercício.

A Legística se refere ao saber consistente na produção legislativa mais eficaz, disponível e atuante para a produção de efeitos, no questionamento da lei como instrumento para a consecução de mudanças sociais, bem como na necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis (SOARES, 2007, p. 125).

Considerando essas premissas, pode-se asseverar que as leis, para alcançarem a eficiência na regulação, não podem deixar margem de dúvidas para o intérprete e/ou aplicador e, ainda que assim o façam, as obscuridades devem ser devidamente sanadas através dos mecanismos existentes no próprio conjunto de regras existentes no ordenamento jurídico.

A Legística, neste sentido, surge com a pretensão de conferir referidos adjetivos às produções normativas, uma vez que “preocupa-se em refletir sobre a qualidade da lei e as formas de melhoria de sua produção” (DIAS; SILVA, 2017, p. 46), defendendo Dutra (2014, p. 33) que, no Brasil, o termo mais utilizado para a Legística é “técnica legislativa” e que apenas nos ensaios mais atuais a palavra Legística tem sido empregada, estando mais adequada para se referir ao instituto, pois denota o caráter científico da produção e alteração das leis, bem como da análise do impacto normativo.

Ainda de acordo com Dutra (2014, p. 33), a preocupação com a elaboração normativa tem o propósito de examinar os efeitos das normas a fim de conferir maior qualidade de produção e regulação das atividades humanas, estando a qualidade da lei “relacionada com

a capacidade de se impor, formalmente, nos comportamentos sociais e fazer com que entrem no horizonte de orientação efetiva dos comportamentos institucionais” (ANDRADE; SANTANA, 2017, p. 791).

Considerando o papel das leis e o fato de que a República Federativa do Brasil adotou uma concepção de Estado Democrático de Direito, a vontade e os anseios da sociedade devem ser afirmados por meio da edição de leis, posto que "as instituições democráticas desempenham um papel essencial para a segurança jurídica, especialmente em relação ao elemento da confiança" (SILVA; ASSIS, 2020, p. 161).

Para tanto, o processo legislativo brasileiro possui um regramento próprio e a Constituição Federal determina, em seu artigo 59, parágrafo único, que a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis deve ser estabelecida por meio de lei complementar (BRASIL, 1988), tendo sido tal mandamento constitucional materializado com a edição da Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispondo acerca da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e estabelecendo normas para a consolidação dos atos normativos que menciona (BRASIL, 1998), garantindo a eficácia plena do dispositivo constitucional acima mencionado.

Para Dias e Silva (2017, p. 51), a LC 95/98 (BRASIL, 1998) consubstancia, no Brasil, a adoção da Legística formal, objetivando apreender a realidade dos fatos, para transformá-las em conteúdo normativo e nas ciências da comunicação e linguagem, possibilitando a formulação de normas da maneira mais clara e coerente possível, visando a racionalização da produção normativa.

Desta forma, a LC 95/98 (BRASIL, 1998) se caracteriza como instrumento cogente para a produção legislativa, que deve se atentar às técnicas de elaboração, redação, estruturação, articulação e alteração das normas, nos termos do seu artigo 1º (BRASIL, 1998). E todas essas exigências têm como objetivo final proporcionar uma regulação eficiente, coerente e pautada pela racionalidade.

Assim, por se tratar de dispositivos relacionados à elaboração, redação e alteração das leis, pode-se perceber que a Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998) possui como destinatário o próprio legislador, que deverá se atentar, no exercício de suas atribuições e atividade típica, para dar cumprimento às imposições previstas em referido diploma

normativo, conforme se denota da leitura do *caput*, do artigo 1º da norma.

Entretanto:

O processo de elaboração de uma lei tem início na redação da proposição, passa por uma tramitação subordinada a regras constitucionais e regimentais e finaliza com sua promulgação e aplicação material. Esse processo ritualístico não leva em consideração, no entanto, uma avaliação prévia sobre a necessidade de edição dessa lei, tampouco uma avaliação dos impactos esperados. O processo legislativo, também, não realiza uma avaliação *a posteriori*, a fim de confirmar a efetividade da norma e a necessidade de correções (ANDRADE; SANTANA, 2017, p. 792).

De acordo com Meneguim e Silva (2017, p. 21), o Brasil, com a Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998), buscou aplicar a AIL, estabelecendo certa padronização e cumprimento às técnicas da Legística Formal. Todavia, como bem salientado pelos autores, não se verifica uma metodologia para a análise do conteúdo e dos efeitos práticos da aplicação da norma.

Ademais, por materializar um comando constitucional, a inobservância das regras estabelecidas na Lei Complementar n.º 95/98 (BRASIL, 1998) consolida nulidade do ato, razão pela qual a adoção de medidas protetivas consubstancia importante ferramenta para uma produção legislativa eficiente. “É que o exercício da atividade regulatória, enquanto produção e aplicação de atos normativos, deve possuir limites, até mesmo porque no Estado de Direito, como é o caso brasileiro, o poder constituído também está sob a égide do Direito” (PLACHA, 2007, p. 116).

Diante do exposto, é inconteste a responsabilidade da produção legislativa na edição de uma norma, uma vez que esta intervirá e regulamentará o comportamento dos indivíduos pertencentes a determinado corpo social.

Sua aplicação deve ser possível sem quaisquer dificuldades e sua eficiência deve ser garantida, correspondendo às necessidades existentes na sociedade regulada. Mas, este processo não envolve avaliação prévia acerca da necessidade de edição da lei, tampouco avaliação posterior para aferir se, de fato, a norma editada possui efetividade ou, de modo diverso, precisa de retificações (ANDRADE; SANTANA, 2017, p. 792).

Tendo em mente, todavia, o sentido da Lei Complementar em comento e materialização da exigência constitucional no sentido de dispor sobre a elaboração e

alteração das normas, é possível que, através deste instrumento normativo, a necessidade de análise de impacto regulatório passe a ser exigida e imposta para a produção de leis em sentido estrito.

Com efeito, levando-se em consideração o explanado acerca do instituto, é possível a expansão do conceito de AIR para a produção de leis em sentido estrito, notadamente porque, com este instrumento, há possibilidade de regulamentar de forma mais eficiente e racional diversas condutas e atividades, sendo uma das formas de se exigir que o Poder Legislativo adote a AIR é sua introdução, através da LC 95/98 (BRASIL, 1998), no ordenamento jurídico pátrio, fazendo com que sua observância constitua requisito essencial para a validade do ato normativo a ser introduzido mediante a atividade regulatória.

Isso porque tal diploma normativo, destinado ao legislador, dispõe sobre o procedimento para a elaboração, redação e alteração das normas. Como a AIR pode ser utilizada em uma das etapas deste procedimento, a exigência de sua utilização pode ocorrer através da inserção de um comando na LC 95/98 (BRASIL, 1998), cuja observância deve constituir condição de validade da norma.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A atividade de regulação é uma interdisciplinar, pois envolve uma multiplicidade de áreas. Por esta razão, a observância de características técnicas e da análise dos impactos que a regulação proporcionará na sociedade é importante.

Nesse sentido, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) consiste em uma ferramenta apta a proporcionar maior qualidade na produção das normas, o que engloba, além de objetividade e clareza, eficiência e aplicabilidade prática.

No Brasil, referido procedimento tem sido adotado pelo Poder Executivo, a exemplo da Lei Nº 13.874/2019 (BRASIL, 2019a), inexistindo qualquer norma que determine sua incidência na atividade desempenhada pelo Poder Legislativo.

É certo que o legislador deve observar certos parâmetros e regras existentes no ordenamento jurídico nacional para elaborar uma lei de qualidade, objetiva e coerente, visando a racionalização da atividade, citando-se, por exemplo, a adoção de termos da Legística na LC 95/98 (BRASIL, 1998), editada para assegurar o atendimento às técnicas de



elaboração, redação, estruturação, articulação e alteração das normas e proporcionar uma regulação eficiente.

Entretanto, diante de seu objetivo e importância, a incidência da Análise de Impacto Regulatório também pode ocorrer no âmbito de atuação da atividade legislativa. Inexiste, nesse sentido, qualquer limitação legal apta a restringir a aplicação da AIR para as leis e regulamentos exarados pelo poder legislativo.

Análise de Impacto Regulatório deve incidir, assim, quando da necessidade de se aferir as consequências práticas que a regulação proporcionará no tecido social, o que pode ocorrer tanto na esfera administrativa, como legislativa, conforme disposto alhures, servindo a AIR, inclusive, como ferramenta de controle da atividade regulatória, evitando-se, com isso, abusividades e arbitrariedades por parte do agente regulador no exercício de suas funções.

Deve-se, portanto, adotar uma concepção mais abrangente do conceito, ampliando-o a fim de que os atos normativos primários, editados pelo Poder Legislativo, também tenham os impactos regulatórios avaliados, constatando-se o que pode potencialmente proporcionar ao ser introduzido no ordenamento jurídico, sendo, então, possível a expansão do conceito para a criação de leis em sentido estrito, haja vista a necessidade de produção legislativa eficiente, apta a acompanhar o desenvolvimento econômico e social, não existindo qualquer limitação ou proibição de incidência de AIR para a produção de leis em sentido estrito.

Se a eficiência é uma imposição constitucional, mas apenas a adoção da AIR na atividade regulatória não implicará, necessariamente, em melhor eficiência desta função, tal medida é um mecanismo à disposição dos legisladores para indicar o cumprimento do princípio constitucional da eficiência e os demais deveres impostos ao Estado Democrático de Direito.

Por fim, considerando a possibilidade de expansão do conceito para a criação de leis em sentido estrito, o instrumento normativo para materializar a obrigatoriedade de uso da AIR, como condição de validade da norma, é a LC 95/98 (BRASIL, 1998), pois, atribuindo eficácia plena ao artigo 59 da Constituição Federal, dispõe sobre a elaboração e alteração das leis.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Aparecida de Moura; SANTANA, Hector Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 781-798, dez. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/230226089.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Traduzido por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6. ed. 1995.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4219>. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. **Lei complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp95.htm). Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019a**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019b**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm). Acesso em:

08 fev. 2021.

CARDOSO, Ana Paula Mattoso Miskulin; AMARAL, Sérgio Tibiriçá do. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2020, vol. 12, n. 22, p. 81-101, jan./jul., 2020. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-22>. Acesso em: 20 fev. 2021.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Samira Souza. A crise da lei no Estado Democrático de Direito e o papel da Legística no restabelecimento da racionalidade jurídica. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 36-55, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567712.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da lindb como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 2, pp. 305-318, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Reflexões epistemológicas sobre os artigos 20 a 30 da lindb. **Revista Argumentum**, Marília, v. 21, n. 1, pp. 17-38, jan./abr. 2020. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1273/771>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade**. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10112015-085752/pt-br.php>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FERREIRA FILHO, Miguel; FERREIRA, Daniel. Legalidade e regulação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 124-144, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1301/1727>. Acesso em: 08 fev. 2021.

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas Fraga; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **O consumo colaborativo como mecanismo de desenvolvimento sustentável na sociedade líquido-moderna**. Uberlândia: LAECC, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LADEIRA, Maria Cristina Molina; MICHEL, Fernando Dutra; URIARTE, Ana Margarita Larrañaga; CYBIS, Helena Beatriz Bettella. Análise do impacto regulatório no transporte

público: o caso de porto alegre com a chegada do ridesourcing. In: **34º Congresso de Pesquisa e Ensino em Transporte da ANPET**. Porto Alegre: Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes, 2020. Disponível em: <http://anpet.org.br/34anpet/index.php/pt/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

LAMARE, Júlia de. Análise de impacto regulatório no direito ambiental: limites e possibilidades. 2015. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito da Regulação, Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15981>. Acesso em: 08 fev. 2021.

LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, dez. 2019. Disponível em: <https://www.uhumanas.uniceub.br/RBPP/article/view/6278/pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

MENEGUIN, Fernando Boarato; SILVA, Rafael Silveira e (org.). Avaliação de impacto legislativo: cenário e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244>. Acesso em: 08 fev. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, Edição Especial (Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica), p. 389-418, 2014. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI2MQ%2C%2C>. Acesso em: 08 fev. 2021.

PAYÃO, Jordana Viana; VITA, Jonathan Barros. Desafios regulatórios do Caso Airbnb: a intervenção do Estado no modelo econômico colaborativo. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 32, n. 1, p. 203-230, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7855>. Acesso em: 08 fev. 2021.

PECI, Alketa. Avaliação do impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. **Revista de Administração de Empresas**, [online], v. 51, n. 4, p. 336-348, jul./ago. 2011. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902011000400003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902011000400003&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 08 fev. 2021.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PLACHA, Gabriel. A atividade regulatória do Estado. 2007. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Econômico e Social, Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024861.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2021.

PROENÇA, Jadir Dias; RODRIGO, Delia. Brasil: Governança regulatória e análise do impacto regulatório. **In:** PROENÇA, Jadir Dias; PAULO, Carla Beatriz de (org.). **Experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe**. Brasília: Editora Alia opera, 2012.

QUEIROZ, Helder; VIEIRA, Luciana. Qualidade regulatória, avaliação de impacto regulatório e os desafios da regulação setorial no Brasil. **In:** PROENÇA, Jadir Dias; PAULO, Carla Beatriz de (org.). **Experiências exitosas em regulação na América Latina e Caribe**. Brasília: Editora Alia opera, 2012.

ROSSIGNOLI, Marisa; REIS, Ubiratan Bagas dos. Lei da liberdade econômica e a análise de impacto regulatório: um olhar sobre a perspectiva do pensamento econômico. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 6, n. 3, p. 1547-1566, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020\\_03\\_1547\\_1566.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_1547_1566.pdf). Acesso em 08 fev. 2021.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação legislativa no Brasil**: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. 2008. 256 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao\\_Natasha\\_VF\\_2.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31032009-153959/publico/Dissertacao_Natasha_VF_2.pdf). Acesso em: 08 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel; BORGES Ademar. **Avaliação de Impacto Regulatório, normas penais e segurança pública**. Jota. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/avaliacao-de-impacto-regulatorio-normas-penais-e-seguranca-publica-21072019>. Acesso em: 02 fev. 2021.

SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: a prática europeia e suas lições para o Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 2017, v. 54, n. 214, p. 113/130, abr./jun. 2017. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril\\_v54\\_n214](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214). Acesso em: 08 fev. 2021.

SILVA, Adriana Campos; ASSIS, Christiane Costa. A dimensão política da segurança jurídica. *Revista Videre*, Dourados, v. 12, n. 25, p. 145-163, set./dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/11763/6763>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro de otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n.º 50, p. 124-142, jul. 2007. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/articles/31.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

STUCKERT, Gabriel Fliege de Lucena. As políticas públicas e o papel das agências reguladoras. **Revista de direitos sociais e políticas públicas**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 289-317, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadsp/article/view/526>. Acesso em: 08 fev. 2021.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pêsoa. **Avaliação de Impacto Regulatório**: uma ferramenta à disposição do estado. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente\\_versao\\_completa.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26032012-092844/publico/PatriciaPessoaValente_versao_completa.pdf). Acesso em: 08 fev. 2021.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2005.

*Data da submissão: 10/03/2021  
Data da primeira avaliação: 08/04/2021  
Data da segunda avaliação: 04/09/2021  
Data da aprovação: 04/09/2021*

# O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICA PÚBLICAS DE SAÚDE DO IDOSO NA PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA

## *THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES FOR THE ELDERLY FROM THE PERSPECTIVE OF SUSTAINABILITY IN TIMES OF PANDEMICS*

**Roberta Terezinha Uvo Bodnar<sup>1</sup>**

**Cesar Luiz Pasold<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo descreve objetivamente e analisa o Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde do Idoso na perspectiva da Sustentabilidade, especialmente em tempos de Pandemia. A tarefa proposta e ora relatada segue disposta de forma a detalhar sobre a situação do Idoso no Brasil: o cenário atual e projetado frente ao Direito à Saúde, com o intuito de avaliar a necessidade de Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde do Idoso, e, especialmente, sob a perspectiva da Sustentabilidade em tempos de Pandemia. Os resultados permitem concluir que a Sustentabilidade pode ser um relevante parâmetro para o Controle Judicial das Políticas Públicas de Saúde do Idoso. Assim o pode, porque considera também a sua necessária fruição coletiva em um horizonte temporal mais adequado e em plena sintonia, também, com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Para realização deste Artigo, na Fase de Investigação foi utilizado o método indutivo e na Fase de Tratamento de Dados foi empregado o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas; Saúde do Idoso; Sustentabilidade; Pandemia.

**ABSTRACT:** This article objectively describes and analyzes the Judicial Control of Public

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) em dupla Titulação com *Widener University Delaware Law School* (EUA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Convidada da Pós-Graduação em Direito Previdenciário e do Trabalho da UNIVALI. Procuradora Federal (AGU). E-mail: [roberta\\_uvo\\_sc@yahoo.com.br](mailto:roberta_uvo_sc@yahoo.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8027921773653077>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9126-317X>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo-USP; Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC; Mestre em Saúde Pública pela USP. Autor, entre outras obras, de: *Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio*. Fpolis: Conceito Editorial, 2008; *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4 ed. Itajaí: Univali-2013- *ebook*, disponível gratuitamente em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>; *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática* 14 ed. rev. atual amp. Florianópolis: EMAIS, 2018. Organizador e co-autor, entre outros livros, de: *Ensaio sobre Meio Ambiente e Direito Ambiental* (Florianópolis Insular). Site profissional: [www.cesarluizpasold.com.br](http://www.cesarluizpasold.com.br). E-mail: [clp@cesarluiaspasold.com.br](mailto:clp@cesarluiaspasold.com.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6851573982650146>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4347-4439>.

Health Policies for the Elderly from the perspective of Sustainability, especially in times of Pandemic. The proposed and reported task is still arranged in order to describe the situation of the Elderly in Brazil: the current scenario is projected against the Right to Health, in order to assess the need for Judicial Control of Public Health Policies for the Elderly, and especially from the perspective of Sustainability in times of Pandemic. The results allow us to conclude that Sustainability can be a relevant parameter for the Judicial Control of Public Health Policies for the Elderly. It can do so, because it also considers its necessary collective enjoyment in a more adequate time horizon and in full harmony, also, with the Sustainable Development Goals.

**Keywords:** Public Policy; Elderly Health; Sustainability; Pandemic.

**Sumário:** 1. O Idoso no Brasil: cenário atual e projetado; 2. Política Pública de Saúde do Idoso; 3. O Idoso e o (in)dispensável Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde no Brasil sob o viés da Sustentabilidade em tempos de Pandemia; 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem por objetivo analisar o (in)dispensável Controle Judicial de Políticas Públicas<sup>3</sup> de Saúde<sup>4</sup> do Idoso<sup>5</sup> no Brasil, considerando-se o disposto em comum competência entre União, Estados e Municípios, focando nos termos do artigo 23 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988, s.p.).

Com a alteração do perfil populacional, caracterizada pelo aumento progressivo no número dos Idosos<sup>6</sup> e, também, considerando as demandas sanitárias nesta fase da vida,

---

<sup>3</sup> De acordo com Juarez Freitas, Políticas Públicas “são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que reclamam motivada formulação entre alternativas constitucionalmente defensáveis”. (FREITAS, 2014, p. 14).

<sup>4</sup> Para a Organização Mundial da Saúde (OMS): “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*” [A Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade] (tradução livre dos autores do presente texto). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.).

<sup>5</sup> Adota-se o conceito cronológico de Idoso, previsto no Estatuto do Idoso, qual seja: “pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, nos termos do artigo 1º da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. (BRASIL, 2003, s.p.).

<sup>6</sup> Nesse contexto, em 30 de setembro de 2019, declarou as Nações Unidas que se trata de uma das “transformações mais significativas deste século”, conforme se transcreve: “*In the coming decade, the number of persons aged 60 or over is projected to grow by 46 per cent, making the increase in those officially classified as elderly, one of the ‘most significant transformations of this century,’ the United Nations declared on Tuesday, marking the International Day of Older Persons.*” (negrito conforme o original) [Na próxima década, projeta-se que o número de pessoas com 60 anos ou mais cresça 46%, tornando o aumento daqueles oficialmente classificados como idosos, uma das 'transformações mais significativas deste século', declararam as Nações Unidas na terça-feira, marcando o Dia Internacional das Pessoas Idosas] (tradução livre dos autores do presente texto). (UNITED NATIONS, 2019, s.p.).



surge o desafio na implementação de Políticas Públicas que efetivamente assegurem o Direito à Saúde ao Idoso.

Assim, para garantir esse Direito, é necessário verificar o (in)dispensável Controle Judicial das Políticas Públicas de Saúde do Idoso no Brasil, sob o viés da Sustentabilidade, tão mais em tempos de Pandemia. Nesses, como se está vivenciando e se constatando, são altíssimos os números de Idosos atingidos, destacadamente, em razão do “risco significativo de desenvolver doenças graves se contraírem a doença devido a alterações fisiológicas decorrentes do envelhecimento e possíveis condições de saúde subjacentes”, conforme alerta a Organização Mundial da Saúde<sup>7</sup>.

Como justificativa para a Pesquisa, além da alteração do perfil populacional antes ressaltado, é também oportuno reforçar que o Idoso é o mais vulnerável e, portanto, mais dependente de Políticas Públicas de Saúde consistentes e adequadas. Essa vulnerabilidade é demonstrada de forma contundente no cenário de Pandemia decorrente da COVID-19<sup>8</sup>.

No Primeiro Item são relatados os resultados da pesquisa com relação ao Idoso no Brasil, apontando-se o conceito de Idoso, o atual e o projetado cenário nacional, de acordo com os dados e as informações Oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Ministério da Saúde (MS), bem como, da Organização Mundial de Saúde (OMS). No Segundo Item, será apresentada a Política Pública de Saúde do Idoso. Por fim, no Terceiro Item, será avaliado o (in)dispensável Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde do Idoso, destacando-se o viés da Sustentabilidade em tempos de Pandemia.

---

<sup>7</sup> Segundo a Organização Mundial da Saúde: “The COVID-19 pandemic is impacting the global population in drastic ways. In many countries, older people are facing the most threats and challenges at this time. Although all age groups are at risk of contracting COVID-19, older people face significant risk of developing severe illness if they contract the disease due to physiological changes that come with ageing and potential underlying health conditions”. [A pandemia do COVID-19 está afetando a população global de maneiras drásticas. Em muitos países, os idosos enfrentam mais ameaças e desafios no momento. Embora todas as faixas etárias corram o risco de contrair COVID-19, as pessoas mais velhas correm risco significativo de desenvolver doenças graves se contraírem a doença devido a alterações fisiológicas decorrentes do envelhecimento e possíveis condições de saúde subjacentes.] (tradução livre dos autores do presente texto). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.)

<sup>8</sup> Segundo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): “Inicialmente chamada de 2019-n-CoV, a infecção provocada pelo novo coronavírus recebeu o nome oficial de covid-19, em 11 de fevereiro: um acrônimo do termo “doença por corona vírus” em inglês (corona virus deceased 2019)” e, nas palavras do infectologista Estevão Portela, vice-diretor de Serviços Clínicos do Instituto Nacional de Infectologia Evandro Chagas (INI/Fiocruz): “Estamos assistindo à ciência em formação. As coisas mudam a cada dia: não só os números da epidemia, mas todos os aspectos. Tudo é muito novo para todos nós”. (BRASIL, 2020, s.p.).

Este Artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o (in)dispensável Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde do Idoso, especialmente, na perspectiva da Sustentabilidade e em tempos de Pandemia.

Para realização deste Artigo, na Fase de Investigação foi utilizado o método indutivo, o qual significa “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, 2018, p. 95).

Na Fase de Tratamento de Dados o método dedutivo foi empregado.

O Relatório dos Resultados que é expresso no presente Artigo foi composto na base lógica indutiva.

No todo, sob o suporte das Técnicas; do Referente<sup>9</sup>, da Categoria<sup>10</sup>, do Conceito Operacional<sup>11</sup>, da Pesquisa Bibliográfica<sup>12</sup> e da Pesquisa Jurisprudencial.

## **2. O IDOSO NO BRASIL: CENÁRIO ATUAL E PROJETADO**

No Brasil é adotado o conceito cronológico de Idoso, o qual conforme o artigo 1º da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso)<sup>13</sup>, é considerada Idosa a pessoa “com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Apesar de ser adotado o conceito cronológico de Idoso no Brasil, ressalta-se que para a Psicologia a idade funcional é uma classificação mais significativa, a qual consiste na “capacidade de uma pessoa interagir em um ambiente físico e social em comparação com outros da mesma idade cronológica” (PAPALIA; FELDMAN, 2013, p. 574), por exemplo:

---

<sup>9</sup> “[...] **a 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, 2018, p. 62). (negrito conforme o original)

<sup>10</sup> “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.**” (PASOLD, 2018, p. 31) (negrito conforme o original).

<sup>11</sup> “[...] **uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]**”. (PASOLD, 2018, p. 43). (negrito conforme o original)

<sup>12</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. (PASOLD, 2018, p. 217).

<sup>13</sup> Além disso, o próprio Estatuto do Idoso prevê idade diferenciada para dois direitos: o Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no artigo 203, inciso V, da CRFB/1988 e disciplinado pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), e a gratuidade nos transportes públicos urbanos e semiurbanos, ambos destinados ao idoso com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, nos termos dos artigos 34 e 39 do Estatuto do Idoso. (BRASIL, 2003, s.p.).

“uma pessoa de 90 anos que está com boa saúde pode ser funcionalmente mais jovem do que uma de 65” (PAPALIA; FELDMAN, 2013, p. 574).

O fato é que o Mundo está no centro de uma transição do processo demográfico única e irreversível, conforme explica a Organização das Nações Unidas (ONU) (2020, s.p.), “que irá resultar em mais populações idosas em todos os lugares” e, nos termos da *World Health Organization* (2020, s.p.):

People worldwide are living longer. Today, for the first time in history, most people can expect to live into their sixties and beyond. By 2050, the world’s population aged 60 years and older is expected to total 2 billion, up from 900 million in 2015. Today, 125 million people are aged 80 years or older. By 2050, there will be almost this many (120 million) living in China alone, and 434 million people in this age group worldwide. By 2050, 80% of all older people will live in low- and middle-income countries<sup>14</sup>.

Consequentemente, o cenário do Brasil não é diverso, pois, segundo as Projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (BRASIL, 2020, s.p.) até 2060, publicadas em 2018: para 2050 a Proporção de Pessoas por Grandes Grupos Etários, maiores de sessenta anos é de 28,45, com índice de envelhecimento de 142,21% e idade mediana de 43,92.

Nesse contexto, ilustra-se com as “Projeções e Estimativas da População do Brasil”, disponibilizadas pelo IBGE (BRASIL, 2020, s.p.):

---

<sup>14</sup> “Pessoas em todo o mundo estão vivendo mais. Hoje, pela primeira vez na história, a maioria das pessoas pode esperar viver até os sessenta anos e além. Até 2050, a população mundial com 60 anos ou mais deve totalizar 2 bilhões, ante 900 milhões em 2015. Hoje, 125 milhões de pessoas têm 80 anos ou mais. Até 2050, haverá quase tantos (120 milhões) vivendo somente na China e 434 milhões de pessoas nessa faixa etária em todo o mundo. Até 2050, 80% de todos os idosos viverão em países de baixa e média renda.” (tradução livre) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.).

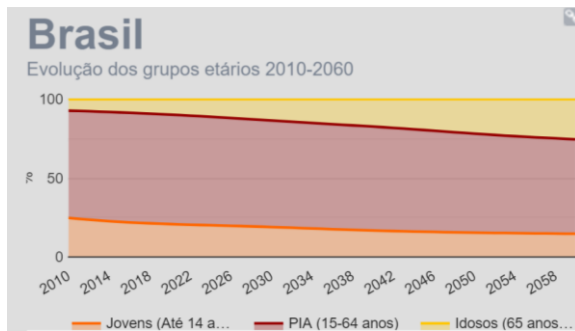


Figura 1: Evolução dos Grupos Etários 2010-2060.

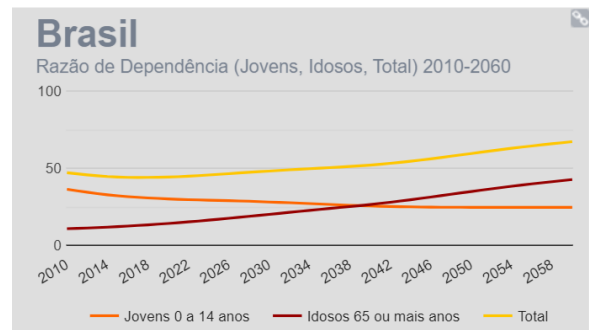


Figura 2: Razão de Dependência 2010-2060.

Corroboram com esses números e projeções do Brasil, os índices previstos pela *World Health Organization* (WHO) (2018, s.p.):

The pace of population ageing around the world is also increasing dramatically. France had almost 150 years to adapt to a change from 10% to 20% in the proportion of the population that was older than 60 years. However, places such as Brazil, China and India will have slightly more than 20 years to make the same adaptation<sup>15</sup>.

Portanto, a mudança no perfil da população brasileira é perceptível, eis que há a cada dia um número maior de pessoas idosas e as projeções são nítidas para o aumento da população Idosa no Brasil, dados indispensáveis para a formulação de Políticas Públicas, tão mais para àquelas que objetivam proteger, promover e garantir o Direito à Saúde do Idoso.

O Ministério da Saúde (BRASIL, 2020, s.p.), ao tratar sobre a “Saúde da pessoa idosa: prevenção e promoção à saúde integral”, assim, apresenta o cenário brasileiro:

A transição demográfica brasileira apresenta características peculiares e demonstra grandes desigualdades sociais no processo de envelhecimento. Esse processo impactou e trouxe mudanças no perfil demográfico e epidemiológico em todo país, produzindo demandas que requerem respostas das políticas sociais, implicando em novas formas de cuidado, em especial aos cuidados prolongados e à atenção domiciliar.

<sup>15</sup> “O ritmo do envelhecimento da população em todo o mundo também está aumentando drasticamente. A França teve quase 150 anos para se adaptar a uma mudança de 10% para 20% na proporção da população com mais de 60 anos. No entanto, lugares como Brasil, China e Índia terão um pouco mais de 20 anos para fazer a mesma adaptação.” (tradução livre). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018, s.p.).

Nesse sentido, Alexandra Lopes (LOPES, 2017, p. 160) ao escrever sobre “Envelhecimento, dependências e fragilidades: tensões e desafios no Portugal contemporâneo”, os quais podem ser tomados de exemplo para o Brasil, explica, entre os contextos das necessidades de cuidados no campo das Políticas Públicas para os cuidados, que a distribuição de riscos do Idoso é muito desigual, não apenas devido a uma série de eventos e condições que não podem ser totalmente controlados, como a viuvez, mas, também, “e sobretudo, devido a uma série de dimensões de vulnerabilidade que são socialmente construídas e têm uma base estrutural, dimensões que muitas vezes se desnvolvem ao longo da vida”.

Conforme Alexandre Leopold Busse e Wilson Jacob Filho (BUSSE; JACOB FILHO, 2015, p. 3-4):

Muitos idosos passarão a morar sozinhos ou apenas com seus cônjuges. [...] Assim é previsível que, em muitos países, aumente o número de idosos dependentes, sem parentes que possam lhes cuidar e ainda sem cuidadores formais treinados ou instituições capazes de recebe-los. Entretanto, nã há exemplos históricos disponíveis para orientar as tomadas de decisões em relação a essas mudanças sociais, por isso, os países terão de contar com novas análises para propor novas políticas públicas.

Ainda, o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020, s.p.) traça o Perfil Epidemiológico da População Idosa, registrando que é “caracterizado pela tripla carga de doenças com forte predomínio das condições crônicas, prevalências de elevada mortalidade e morbidade por condições agudas decorrentes de causas externas e agudizações de condições crônicas”. Esse Perfil é considerado e ratificado na “Figura 1: Razão de Dependência 2010-2060” da “Projeções e Estimativas da População do Brasil”, acima ilustradas e disponibilizadas pelo IBGE (BRASIL, 2020, s.p.).

No entanto, alerta o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020, s.p.) que “a maioria dos idosos é portadora de doenças ou disfunções orgânicas, mas cabe destacar que esse quadro não significa necessariamente limitação de suas atividades, restrição da participação social ou do desempenho do seu papel social”.

Por fim, esses dados, percentuais e perspectivas deverão ser avaliados em conjunto com os resultados em decorrência da Pandemia instalada pela COVID-19<sup>16</sup>, a qual impactará significativamente nas Políticas Públicas de Saúde do Idoso. Afinal, o vírus está atingindo consideravelmente os Idosos, em razão do “*risk of developing severe illness if they contract the disease due to physiological changes that come with ageing and potential underlying health conditions*”, conforme explica a *World Health Organization*<sup>17</sup>, conseqüentemente, o Direito à Saúde dos Idosos será o mais impactado com esta Pandemia.

A título ilustrativo, cita-se as estatísticas do *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC), integrante do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos Estados Unidos da América, revisadas em 11 de setembro de 2020, expressando que: 8 (oito) em cada 10 (dez) mortes reportadas nos Estados Unidos da América ocorreram em adultos com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais (UNITED STATES, 2020, s.p.)<sup>18</sup>.

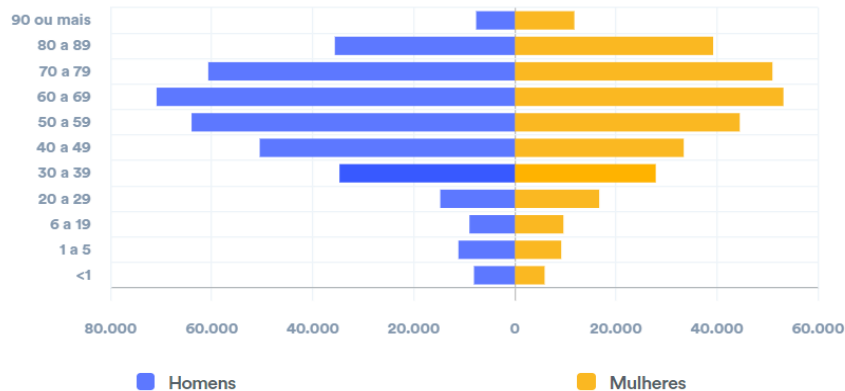
No Brasil, colhe-se do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020, s.p.), os seguintes dados de hospitalização por faixa etária e sexo, dos quais se depreende a alta utilização hospitalar pelo Idoso:

<sup>16</sup> Segundo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): “Inicialmente chamada de 2019-n-CoV, a infecção provocada pelo novo coronavírus recebeu o nome oficial de covid-19, em 11 de fevereiro: um acrônimo do termo “doença por corona vírus” em inglês (corona virus deceased 2019)” e, nas palavras do infectologista Estevão Portela, vice-diretor de Serviços Clínicos do Instituto Nacional de Infectologia Evandro Chagas (INI/Fiocruz): “Estamos assistindo à ciência em formação. As coisas mudam a cada dia: não só os números da epidemia, mas todos os aspectos. Tudo é muito novo para todos nós”. (BRASIL, 2020, s.p.).

<sup>17</sup> Segundo a Organização Mundial da Saúde: “*The COVID-19 pandemic is impacting the global population in drastic ways. In many countries, older people are facing the most threats and challenges at this time. Although all age groups are at risk of contracting COVID-19, older people face significant risk of developing severe illness if they contract the disease due to physiological changes that come with ageing and potential underlying health conditions*”. [A pandemia do COVID-19 está afetando a população global de maneiras drásticas. Em muitos países, os idosos enfrentam mais ameaças e desafios no momento. Embora todas as faixas etárias corram o risco de contrair COVID-19, as pessoas mais velhas correm risco significativo de desenvolver doenças graves se contraírem a doença devido a alterações fisiológicas decorrentes do envelhecimento e possíveis condições de saúde subjacentes.] (tradução livre dos autores do presente artigo). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.).

<sup>18</sup> Importante esclarecer que nos Estados Unidos da América é considerada Idosa a pessoa com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos e no Brasil, conforme já explicado, é considerada Idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

SRAG hospitalizado por faixa etária e sexo



Fonte: SIVEP-Gripe/SVS/MS. Brasil, 2020

Figura 3: SRAG hospitalizado por faixa etária e sexo.

Portanto, a mudança no perfil da população brasileira é perceptível, eis que há a cada dia um número maior de pessoas idosas e as projeções são nítidas para o aumento da população dos Idosos no Brasil, sendo os dados e os percentuais indispensáveis para a formulação de Políticas Públicas, tão mais para aquelas que objetivam proteger, promover e garantir o Direito à Saúde do Idoso, inclusive, em tempos de Pandemia.

### 3. POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE DO IDOSO.

O Estado Brasileiro institui diretrizes com a finalidade de garantir a concretização de Direitos Sociais Fundamentais que dependem da sua intervenção, como o caso do Direito à Saúde, inclusive, relacionado ao Idoso. Essas diretrizes constituem as Políticas Públicas.

Para Juarez Freitas (FREITAS, 2014, p. 148)<sup>19</sup> as Políticas Públicas não podem ser consideradas meros programas governamentais e apresenta os elementos caracterizadores das políticas públicas, quais sejam:

<sup>19</sup> De acordo com Juarez Freitas, Políticas Públicas “são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que reclamam motivada formulação entre alternativas constitucionalmente defensáveis”. (FREITAS, 2014, p. 148).

(a) são programas de Estado Constitucional (mais do que de governo), que reclamam motivada formulação entre alternativas constitucionalmente defensáveis, (b) processados por atos de cognição e de vontade dos múltiplos atores políticos, no intuito de solver problemas sociais concretos, e que (c) devem consubstanciar, na prática governamental, prioridades cogentes, geradoras de benefícios excedentes aos custos diretos e indiretos.

Flávio Roberto de Almeida Heringer, após Pesquisar: “Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas” e mesmo com subsídios dos Ministérios do Governo Federal e sob o viés ontológico, tipológico e teleológico, concluiu que:

[...] a pergunta básica formulada para o presente estudo não pode ser respondida de maneira objetiva, tendo em vista a imprecisão conceitual no que tange à essência da política pública como manifestação de uma estratégia de solução de problemas. Há muito que ser feito nesse sentido. (HERINGER, 2018, p. 66)

Na referida Pesquisa, o mencionado Autor (HERINGER, 2018, p. 48) expressa, após analisar a resposta do Ministério da Saúde, que a Política Pública para o referido Órgão é: “construída a partir das competência de cada setor e revela, também, diferentes níveis de entendimento da demanda formulada”<sup>20</sup>.

As Políticas Públicas de Saúde do Idoso no Brasil são fundamentadas por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) (BRASIL, 1988, s.p.), encontram-se dispositivos versando sobre a Saúde nos artigos 6º; 170; 194, parágrafo único e incisos I e V; 198, inciso II; e, é em seu artigo 196, que a Saúde está constitucionalizada com todo o detalhamento como Direito de todos e dever do Estado, nos seguintes termos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

---

<sup>20</sup> *Sic* para “competência” no singular.



A Política Nacional do Idoso (BRASIL, 1994, s.p.), em seu Capítulo IV, que trata sobre “Das Ações Governamentais”, dispõe sobre a sua implementação, no artigo 10, inciso II, as competências dos Órgãos e Entidades Públicos, na área da Saúde<sup>21</sup>.

O Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003, s.p.) complementa a CRFB/1988, assim como a Política Nacional do Idoso, em seu Capítulo IV, artigo 15, determinando:

Art. 15. É assegurado a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

E, o §2º do artigo 15 do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003, s.p.) impõe ao Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos, em especial os de uso continuado, bem como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

A Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (BRASIL, 2006, s.p.), instituída pela Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006, do Ministério da Saúde, reconheceu os avanços na legislação brasileira, quanto aos cuidados da população Idosa, bem como, registrou que “a prática ainda é insatisfatória”. Isto é, já no ano de 2006<sup>22</sup>, o Poder Executivo denunciava a violação à proteção do Direito à Saúde destinado ao Idoso.

---

<sup>21</sup> Eis as competências dos Órgãos e Entidades Públicos, na área da Saúde: “a) garantir ao idoso a assistência à saúde, nos diversos níveis de atendimento do Sistema Único de Saúde; b) prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde do idoso, mediante programas e medidas profiláticas; c) adotar e aplicar normas de funcionamento às instituições geriátricas e similares, com fiscalização pelos gestores do Sistema Único de Saúde; d) elaborar normas de serviços geriátricos hospitalares; e) desenvolver formas de cooperação entre as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios e entre os Centros de Referência em Geriatria e Gerontologia para treinamento de equipes interprofissionais; f) incluir a Geriatria como especialidade clínica, para efeito de concursos públicos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais; g) realizar estudos para detectar o caráter epidemiológico de determinadas doenças do idoso, com vistas a prevenção, tratamento e reabilitação; e h) criar serviços alternativos de saúde para o idoso”. (BRASIL, 1994, s.p.).

<sup>22</sup> Eis o texto na íntegra: “Assim, embora a legislação brasileira relativa aos cuidados da população idosa seja bastante avançada, a prática ainda é insatisfatória. A vigência do Estatuto do Idoso e seu uso como instrumento para a conquista de direitos dos idosos, a ampliação da Estratégia Saúde da Família que revela a presença de idosos e famílias frágeis e em situação de grande vulnerabilidade social e a inserção ainda incipiente das Redes Estaduais de Assistência à Saúde do Idoso tornaram imperiosa a readequação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI)”. (BRASIL, 2020, s.p.).

Tratando-se de violação à proteção dos Direitos da Saúde do Idoso, é indispensável lembrar da situação do Idoso no Mundo, conseqüentemente, no Brasil<sup>23</sup>, diante da Pandemia instalada pela COVID-19<sup>24</sup>.

Merecem atenção as palavras da perita independente das Nações Unidas para o Direito das Pessoas Idosas, Rosa Kornfeld-Matte, quando pontua: “a necessidade urgente de uma abordagem holística de direitos humanos que garanta igual realização de todos os direitos, incluindo acesso a serviço de saúde” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020, s.p.).

Ainda, *World Health Organization* instituiu a “*Decade of Healthy Ageing*”<sup>25</sup>, ou seja, a Década do Envelhecimento Saudável (2020-2030), com o objetivo de reunir Governos, Sociedade Civil, Agências Internacionais, Profissionais, Academia, Mídia e Setor Privado por dez anos de ação combinada, catalítica e colaborativa para melhorar a vida de Idosos, suas famílias e as comunidades em que vivem<sup>26</sup>. Afinal, ainda, segundo aponta a *World Health Organization*:

A decade of concerted global action on Healthy Ageing is urgently needed. Already, there are more than 1 billion people aged 60 years or older, with most living in low- and middle-income countries. Many do not have access to even the basic resources necessary for a life of meaning and of dignity. Many others confront multiple barriers that prevent their full participation in society<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> A título ilustrativo, transcreve-se a notícia publicada no Diário do Nordeste, intitulada: “Idoso com suspeita de Covid-19 morre à espera de leito de UTI na UPA do Bom Jardim”, contendo o seguinte texto: “Após sete dias internado na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do bairro Bom Jardim, à espera de um leito de UTI, o idoso Ivanildo Vieira Damasceno, 66, faleceu, neste domingo (3), com suspeita de Covid-19. [...]” (DIÁRIO DO NORDESTE, 2020, s.p.).

<sup>24</sup> Segundo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz): “Inicialmente chamada de 2019-n-CoV, a infecção provocada pelo novo coronavírus recebeu o nome oficial de covid-19, em 11 de fevereiro: um acrônimo do termo “doença por corona vírus” em inglês (corona virus deceased 2019)” e, nas palavras do infectologista Estevão Portela, vice-diretor de Serviços Clínicos do Instituto Nacional de Infectologia Evandro Chagas (INI/Fiocruz): “Estamos assistindo à ciência em formação. As coisas mudam a cada dia: não só os números da epidemia, mas todos os aspectos. Tudo é muito novo para todos nós”. (BRASIL, 2020, s.p.).

<sup>25</sup> O Documento de Proposta da Década está disponível em: [www.who.int/docs/default-source/decade-of-healthy-ageing/final-decade-proposal/decade-proposal-final-apr2020-en.pdf?sfvrsn=b4b75ebc\\_5](http://www.who.int/docs/default-source/decade-of-healthy-ageing/final-decade-proposal/decade-proposal-final-apr2020-en.pdf?sfvrsn=b4b75ebc_5).

<sup>26</sup> Consta no original: “*The Decade of Healthy Ageing (2020-2030) is an opportunity to bring together governments, civil society, international agencies, professionals, academia, the media, and the private sector for ten years of concerted, catalytic and collaborative action to improve the lives of older people, their families, and the communities in which they live.*” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.)

<sup>27</sup> “Uma década de ação global concertada para o Envelhecimento Saudável é necessária com urgência. Já existem mais de 1 bilhão de pessoas com 60 anos ou mais, a maioria vivendo em países de baixa e média renda. Muitos não têm acesso nem aos recursos básicos necessários para uma vida com sentido e dignidade. Muitos

Por fim, quanto à implementação prática do Direito à Saúde no Brasil:

Apesar dos avanços no plano legislativo, muitos desafios ainda são constatados na implementação prática do direito à saúde. Pois os serviços de saúde que são disponibilizados concretamente para a população, especialmente para os mais fragilizados socialmente, não corresponde à pauta ambiciosa e generosa prevista pelo Constituinte. Esse fato, aliado à falta de articulação adequada entre os entes públicos responsáveis pela implementação das políticas sanitárias, gera uma significativa judicialização do tema, circunstância essa que torna os juízes também partícipes da gestão do sistema público de saúde, considerando o elevado potencial de impacto econômico das suas decisões (BODNAR, 2013, p. 302).

Também, com base nesses ensinamentos da prática, Roberta Terezinha Uvo Bodnar (UVO BODNAR, 2015, p. 57), ao analisar a “Gestão e implementação de políticas públicas de saúde”, e constatar que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, não têm atendido aos anseios pelos quais lhes fora atribuída a legitimidade e a competência de gestão e de implementação de Políticas Públicas para a efetivação de Direito à Saúde, conclui que:

Portanto, quando o Estado é omissor, o Poder Judiciário assume uma importante missão na realização do controle de políticas públicas de saúde, uma vez que por intermédio de suas decisões judiciais, na qualidade de guardião dos direitos e garantias fundamentais, tem possibilitado que o direito à saúde não permaneça apenas como uma “letra morta na lei”.

Assim, considerando que os “tribunais, governantes e legisladores têm o papel solidário de projeção e realização de uma sociedade em que os direitos fundamentais sejam debatidos e concretizados” (DIAS, 2012, p. 161), em caso de violação ou de omissão por parte do Poder Legislativo e/ou do Executivo, resta verificar a (in)dispensável atuação por meio do Poder Judiciário com o objetivo de proteger o Direito da Saúde do Idoso, sob o viés da Sustentabilidade e, especialmente, em tempos de Pandemia.

#### **4. O (IN)DISPENSÁVEL CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE DO IDOSO NO BRASIL SOB O VIÉS DA SUSTENTABILIDADE EM**

---

outros enfrentam múltiplas barreiras que impedem sua plena participação na sociedade” (tradução livre dos autores do presente artigo). (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.).

## TEMPOS DE PANDEMIA

A Separação das Funções Estatais ou dos Poderes<sup>28</sup> encontra como fundamento ético e jurídico a contenção do arbítrio ou do abuso estatal em detrimento dos Direitos Fundamentais<sup>29</sup>. Assim, quando o Poder Judiciário impõe condutas à Administração Pública exatamente para que a omissão não lese Direitos Fundamentais, como é o caso da proteção ao Direito à Saúde do Idoso, não há qualquer ilegitimidade nesta intervenção.

Ao contrário, conforme a lição de Zenildo Bodnar (BODNAR, 2012, s.p.): “o controle das omissões injurídicas está respaldado nas razões legitimantes da própria separação dos poderes estatais”<sup>30</sup>.

Nesse sentido, Jean Carlos Dias (DIAS, 2012, p. 190;206), ao tratar em sua Obra sobre “o Controle Judicial de Políticas Públicas”, explica que “o controle judicial está intimamente relacionado a uma Democracia Constitucional. Uma vez que uma sociedade estrutura-se sob a forma de um Estado de Direito, a linha de condução política é a submissão à proteção dos direitos fundamentais.”, e, o referido Autor, conclui:

A legitimação das decisões deve, assim, ser refletida pela atuação social nos procedimentos perante os tribunais, capazes de tornar o juiz gestor, como um destinatário passível de refletir acerca as demandas sociais e se colocar como agente estatal apto a exercer controle de opções políticas.

Recordando-se das objeções ao Controle Judicial de Políticas Públicas, cumpre registrar, segundo Sérgio Cruz Arenhart (ARENHART, 2020, p. 2), que “o controle jurisdicional de políticas públicas, ainda que se possa, academicamente, questionar sob diversas óticas, é um fato inquestionável”.

---

<sup>28</sup> O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema 106, deixou registrado que: “[...] nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.”. (BRASIL, 2020, s.p.).

<sup>29</sup> Nos mesmos termos, escreve Zenildo Bodnar, porém, expressando os Direitos Humanos, os quais são mais amplos que os Direitos Fundamentais, segundo o conceito de J. J. Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 21 reimp. Coimbra: Almedina, 2019). (BODNAR, 2012, s.p.).

<sup>30</sup> Conforme as palavras de Jean Carlos Dias: “Não se trata, assim, de assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente”. (DIAS, 2016, p. 176).

A Tutela Jurisdicional da Saúde do Idoso no Brasil foi objeto de estudo por Roberta Terezinha Uvo Bodnar, em sua Dissertação de Mestrado intitulada: “A tutela jurisdicional da saúde do idoso no Brasil e a matriz disciplinar interpretativa dos Tribunais na perspectiva da fraternidade”, na qual foram analisadas as decisões proferidas, inclusive, pelos Tribunais Superiores, chegando-se a seguinte conclusão:

[...] o Poder Judiciário detém uma atuação digna de registro, sensível e fraterna para com as demandas voltadas às políticas públicas de saúde, especialmente as pertinentes à saúde do idoso, as quais têm sido decididas com base em princípios e valores previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e não raro fundamentadas na fraternidade, e em tal razão, pode-se dizer: sem sombra de dúvidas, a fraternidade se faz presente, conferindo teoria e prática, guardando expressão e força, gerando eficácia e exequibilidade, e, sobretudo, detém capacidade para inculcar o mais alto grau da “dignidade de nossa comum humanidade”, o que anseia o devido reconhecimento (UVO BODNAR, 2015, p. 150).

Portanto, verifica-se que por intermédio do Poder Judiciário, o Direito Fundamental à Saúde do Idoso, pode ser efetivado, inclusive, em uma perspectiva da Sustentabilidade. Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere a esta Instituição a responsabilidade de (re)afirmar o amplo conjunto de Direitos Fundamentais Sociais Prestacionais, assim como os Princípios e Objetivos Fundamentais da República.

A perspectiva da Sustentabilidade é um critério racional importante para a definição dos limites e das possibilidades de intervenção jurisdicional nas escolhas e alocações públicas. Todo Direito Prestacional Social apresenta também um custo econômico<sup>31</sup> e, especialmente, em tempos de crise e escassez – como no cenário de uma Pandemia – nem sempre será possível o provimento ideal de todos os Direitos Sociais Prestacionais, sendo indispensável a definição de critérios decisórios adequados.

De acordo com Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar (CRUZ; BODNAR, 2012, P. 107) “a sustentabilidade deve ser construída e consolidada a partir do aporte científico de

---

<sup>31</sup> Conforme destaca Juarez Freitas: “a projeção raciocinada de consequências, acompanhada de explícitos argumentos em prol da superioridade de benefícios líquidos-monetizáveis e não-monetizáveis-no cotejo com a integralidade de custos estimados, diretos e indiretos, sociais, econômicos e ambientais.” (FREITAS, Juarez, 2018, p. 47).

diversos campos do saber e deve integrar a base formativa de todas as teorias políticas, sociais, econômicas e jurídicas na atualidade” e, ainda, os referidos Autores completam:

Nessa interação sinérgica entre os campos do conhecimento, o jurídico deve desempenhar um protagonismo de liderança no intuito de fornecer uma estrutura institucional e normativa para a consolidação da sustentabilidade também enquanto princípio fundacional juridicizado com força otimizadora e dirigente. (CRUZ; BODNAR, 2012, p. 107)

O termo Sustentável, segundo as pesquisas realizadas por Alexandre André Feil e Dusan Schreiber surgiu em 1713, quando:

Hans Carl Von Carlowitz, na Alemanha, influenciado pelas ideias de Evelyn (1664) e de Colbert (1669) sobre a rápida devastação florestal da Europa, publica o livro *Sylvicultura Oeconomica oder Anweisung zur wilden Baumzucht*. Centra-se na escassez da madeira, demonstrando alternativas de consumo eficiente, reaproveitamento de energia, reflorestamento e substituição da madeira pelo fóssil, para a busca do equilíbrio entre o corte e a renovação da madeira, com vistas à sua utilização contínua e perpétua. (FEIL; SCHREIBER, 2020, s.p.)

No entanto, conforme descrito pelas Nações Unidas em sua Página Oficial (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020, s.p.), “o movimento ambientalista ganhou novo impulso em 1962 com a publicação do livro de Rachel Carson, ‘A Primavera Silenciosa’ [...] destacou a necessidade de respeitar o ecossistema em que vivemos para proteger a saúde humana e o meio ambiente.”<sup>32</sup> e, esta Obra foi de fundamental importância para se estabelecer o conceito de Sustentabilidade, assim como, de Desenvolvimento Sustentável, inclusive, na Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio +20)<sup>33</sup>.

Concluem Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar que:

---

<sup>32</sup> “Primavera Silenciosa (1962), de Rachel Carson, uma obra literária de denúncia e divulgação científica, em que a autora, seguindo o viés de uma ‘fábula do amanhã’, expõe o perigo dos pesticidas, arrastando tudo e todos a um lugar comum, onde as árvores não davam folhas, os animais morriam, os rios contaminados não tinham peixes e, principalmente, os pássaros, outrora cantores da primavera, quedavam sem voz, mortos pela contaminação dos agrotóxicos, de onde decorre o título do livro”. (UVO BODNAR, 2019, p. XIV).

<sup>33</sup> “Desenvolvimento sustentável é o modelo que prevê a integração entre economia, sociedade e meio ambiente. Em outras palavras, é a noção de que o crescimento econômico deve levar em consideração a inclusão social e a proteção ambiental”. (COMITÊ NACIONAL DE ORGANIZAÇÃO RIO+20, 2020, s.p.).

Apesar da amplitude conceitual já alcançada é muito importante que os avanços prossigam, não apenas no aspecto formal, mas principalmente na identificação de estratégias e mecanismos para tornar concreto os estes nobres objetivos preconizados para a melhora contínua da qualidade da vida em todas as suas formas (CRUZ; BODNAR, 2012, p. 111)

Essa breve digressão é relevante para que se compreenda que a Sustentabilidade é um conceito amplo, interdisciplinar, histórico, relacional e que apresenta múltiplas dimensões. Cuida do ambiental e da vida, sem esquecer o social e o econômico, e apresenta o grande mérito de considerar, inclusive, um horizonte temporal alongado. Nas alocações e escolhas públicas, também será indispensável a seleção de prioridades e a proteção de mínimos intangíveis, sempre num contexto de limites e de escassez.

Ao expor sobre o tema, Juarez Freitas, além de propor o critério em um sentido geral de controle de Políticas Públicas, enfatiza os seguintes méritos:

[...] induz a internalização das externalidades negativas; realça o peso consorciado de justificativas econômicas e não-econômicas; destaca e preserva valores intrínsecos; desvela ônus da passividade omissivista; torna nítida a importância de padronizações sensatas; positivas; permite o julgamento dos projetos com horizonte dilatado; facilita a rejeição das soluções reducionistas; favorece um laboriosa gestão de riscos; expande as alternativas inovadoras e contém o impulsivismo direcionado a recompensas efêmeras que sacrificam o amanhã. (FREITAS, 2018, p. 47)

No Poder Judiciário a estratégia pode ser destacada por meio da Portaria n. 133/2018, a qual instituiu no Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2018, s.p.), o Comitê Interinstitucional destinado a avaliar a integração das metas do Poder Judiciário às metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, e elaborar relatório de trabalho com apoio de todos os Tribunais do País.

Registre-se que, entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2020, s.p.), encontra-se o Objetivo 3 assim versado: “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”. Assim formulado, destaque-se para a percepção do contexto nacional: o Direito Fundamental à Saúde.

Depreende-se do Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário (BRASIL, 2019, s.p.), realizado em agosto de 2019, que “assim, se o Poder Judiciário batalha por uma sociedade ética, íntegra, pacífica, solidária, fraterna e próspera, também contribui para o alcance da Agenda 2030 e dela não pode se excluir. Ao revés, deve mostrar aos cidadãos o quanto contribui para esse pacto global.”

A título de exemplo desta “batalha por uma sociedade ética, íntegra, pacífica, solidária, fraterna e próspera” (BRASIL, 2019, s.p.) por meio do Poder Judiciário, merece menção que perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi julgado o Tema 106 e fixada a seguinte Tese<sup>34</sup>:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Para tanto, tratando-se de julgamento de Recurso Repetitivo, nos termos do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, s.p.), decorre que, tendo sido a decisão já publicada, a Tese firmada pelo Tribunal Superior deve ser seguida pelos demais Órgãos do Poder Judiciário (artigo 1.040, inciso III), em nítido respeito aos seus propósitos.

Esses, são: “batalha por uma sociedade ética, íntegra, pacífica, solidária, fraterna e próspera” (BRASIL, 2019, s.p.), quanto ao item 3 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades”.

---

<sup>34</sup> Tese definida no Acórdão dos Embargos de Declaração, publicado no DJe de 21 de setembro de 2018, o qual modulou os efeitos do Recurso Repetitivo no seguinte sentido: “[...] de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.” Porém, com Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, Tema 6: “Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”. (BRASIL, 2020, s.p.).



O Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao fixar o Tema 793 (BRASIL, 2019, s.p.), que a Saúde é um dos principais Direitos Fundamentais Prestacionais, o qual impõe a todos os Entes Federativos, como dever Fraternal e Solidário, corresponde à adoção de Políticas Públicas eficazes para o alcance da Justiça Social e Dignidade de todos, especialmente do Idoso. Nesse contexto, colhe-se do Tema 793 (BRASIL, 2019, s.p.):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Além do Tema 793, é indispensável destacar o julgamento do Tema 500, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso com Repercussão Geral, que versa sobre o “Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”, que foi julgado em 22 de maio de 2019, restando fixada a seguinte Tese (BRASIL, 2020, s.p.):

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Portanto, verificando-se que o Poder Judiciário objetiva, também, uma Sociedade solidária e fraterna, e há mecanismos para tanto, com destaque aos Recursos Repetitivos e aos Recursos com Repercussão Geral, conforme acima exemplificados em matéria de Direito à Saúde. Nessa linha, conclui-se que é indispensável o Controle Judicial de Políticas Públicas da Saúde do Idoso, inclusive, na perspectiva da Sustentabilidade e em tempos de Pandemia, com o intuito de se aplicar o mesmo entendimento para todos àqueles que se encontram no território nacional, especialmente, para os Idosos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança no perfil da população brasileira é perceptível, eis que cresce a cada dia o número de pessoas Idosas e as projeções são nítidas para o aumento da população de Idosos no Brasil. Esses dados e percentuais são indispensáveis para a formulação de Políticas Públicas, tão mais para àquelas que objetivam proteger, promover e defender o Direito à Saúde do Idoso.

O Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem o papel constitucional de garantir a concretização dos Direitos Fundamentais, em especial da Saúde do Idoso, e, em caso de violação ou de omissão por parte do Poder Legislativo e/ou do Executivo, cumpre ao Poder Judiciário esta missão.

O Poder Judiciário objetiva, também, uma Sociedade solidária e fraterna, e há mecanismos para tanto, com destaque aos Recursos Repetitivos e aos Recursos com Repercussão Geral em matéria de Direito à Saúde. Por isso pode-se concluir que é indispensável o Controle Judicial de Políticas Públicas da Saúde do Idoso, inclusive, na perspectiva da Sustentabilidade e, tão mais, em tempos de Pandemia, com o intuito de se aplicar o mesmo entendimento para todo o Idoso que se encontra no território nacional.

A perspectiva da Sustentabilidade incrementa critérios racionais nos fundamentos das decisões envolvendo o Controle de Políticas Públicas à medida que considera não só a relevância intrínseca do Direito à Saúde do Idoso, mas também a sua necessária fruição coletiva, e bem como um horizonte temporal mais adequado, em plena sintonia, também, com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

## 6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Disponível em: <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

BODNAR, Zenildo. Tutela jurisdicional da probidade da Administração Pública Ambiental. *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: [www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Zenildo\\_Bodnar.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Zenildo_Bodnar.html). Acesso em: 16 set. 2020.

BODNAR, Zenildo. A (des)judicialização das políticas públicas de saúde na Vara Federal Cível de Criciúma – SC. **Revista Tempus Actas de Saúde Coletiva**. v. 7, n. 1, p. 299-315, 2013. Disponível em: [www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1298](http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1298). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Agenda 2030**. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/agenda-2030/](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas-2-2/agenda-2030/). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Encontro Ibero-Americano da Agenda 2030 no Poder Judiciário**. Agosto de 2019. Curitiba-PR. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/agenda-2030/). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Fundação Oswaldo Cruz. **Covid-19: que vírus é esse?** Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/covid-19-que-virus-e-esse>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. **Projeção da população do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade para o período 2010-2060**. Disponível em: [www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?edicao=21830&t=resultados](http://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9109-projecao-da-populacao.html?edicao=21830&t=resultados). Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: [www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/](http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/). Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde da pessoa idosa: prevenção e promoção à saúde integral**. Disponível em: <https://saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-da-pessoa-idosa>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus Brasil**. COVID-19 SRAG Síndrome Respiratória Aguda Grave. Atualizado em 09 set. 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Portaria n. 2.528, de 19 de outubro de 2006**. Aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa. Disponível em: [//bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528\\_19\\_10\\_2006.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Tema 106. Disponível em: [www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=106&cod\\_tema\\_final=106](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tema 500. RE 657.718. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500). Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tema 793. RE 855.178. Min. Edson Fachin. Data do julgamento: 23 maio 2019. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793). Acesso em: 16 set. 2020.

BUSSE, Alexandre Leopold e JACOB FILHO, Wilson. Envelhecimento: uma visão multidisciplinar. *In: Envelhecimento: uma visão multidisciplinar*. Editor Wilson Jacob Filho. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 21 reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

COMITÊ NACIONAL DE ORGANIZAÇÃO RIO+20. **Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: [www.rio20.gov.br/sobre\\_a\\_rio\\_mais\\_20/desenvolvimento-sustentavel.html](http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20/desenvolvimento-sustentavel.html). Acesso em 16 set. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: [www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf](http://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf). Acesso em: 16 set. 2020.

DIÁRIO DO NORDESTE. Idoso com suspeita de Covid-19 morre à espera de leito de UTI na UPA do Bom Jardim, matéria publicada em 03 de maio de 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/idoso-com-suspeita-de-covid-19->

morre-a-espera-de-leito-de-uti-na-upa-do-bom-jardim-1.2241482. Acesso em: 15 set. 2020.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, 224 p.

FEIL, Alexandre André e SCHREIBER, Dusan. **Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável**: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512017000300667&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512017000300667&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 16 set. 2020.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas e controle judicial de prioridades constitucionais. *In: Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região*, vol. I, n. I. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014. p. 141-157.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade das políticas públicas: nova modalidade de escrutínio. *In: BODNAR, Zenildo; CELANT, João Henrique Pickcius; MARCOS, Rudson. O Judiciário como instância de governança e sustentabilidade*: descobertas, dúvidas e discordâncias. Florianópolis. Editora EMais, 2018.

HERINGER, Flávio Roberto de Almeida. **Quantas políticas públicas há no Brasil? O problema da imprecisão conceitual para a avaliação de políticas públicas**. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: [www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555174/ILB2018\\_HERINGER.pdf?sequenc e=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/555174/ILB2018_HERINGER.pdf?sequenc e=1). Acesso em: 16 set. 2020.

LOPES, Alexandra. **Evelhecimento, dependência e fragilidades: tensões e desafios no Portugal contemporâneo**. *In: Evenhecimento na Sociedade Portuguesa*: pensões, família e cuidados. Pedro Moura Ferreira *et al* Org. Lisboa: ICS, 2017.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e a pessoa idosa**. Disponível em: [//nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/](http://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/). Acesso em: 26 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: [//nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/](http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/). Acesso em: 16 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Disponível em: [//nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/](http://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/). Acesso em: 16 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Especialista da ONU pede melhor proteção para idosos na pandemia do novo coronavírus**. Publicada em 09 de abril de 2020. Disponível em: [//nacoesunidas.org/especialista-da-onu-pede-melhor-protecao-para-idosos-na-pandemia-do-novo-coronavirus/](http://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-pede-melhor-protecao-para-idosos-na-pandemia-do-novo-coronavirus/). Acesso em: 16 set. 2020.

PAPALIA, Diane E.; FELDMAN, Ruth Duskin. **Desenvolvimento humano**. Tradução de Carla Filomena Marques Pinto Vercesi [et al]. 12 ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev.atual.e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

UNITED STATES. Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention. **Older Adults**. Page last reviewed [última revisão da página]: *Sept.* 11, 2020. Disponível em: [www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/older-adults.html](http://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/older-adults.html). Acesso em: 14 set. 2020.

UNITED NATIONS. **‘We need to stand up now’ for older persons: urges UN rights expert on World Day**. 30/09/2019. Disponível em: [//news.un.org/en/story/2019/09/1048252](http://news.un.org/en/story/2019/09/1048252). Acesso em: 16 set. 2020.

UVO BODNAR, Roberta Terezinha. **A tutela jurisdicional da saúde do idoso no Brasil e a matriz disciplinar interpretativa dos Tribunais na perspectiva da fraternidade**. 2015. Dissertação (Curso de Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis. Disponível em: [//repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/157417](http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/157417). Acesso em: 15 set. 2020.

UVO BODNAR, Roberta Terezinha. Prefácio. *In*: SOUZA, Aulus Eduardo Teixeira de. **Políticas públicas e guardas municipais: instrumentos efetivos de preservação do meio ambiente urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Ageing and health**. Disponível em: [www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health](http://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health). Acesso em: 6 abr. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Decade of Healthy Ageing**. Disponível em: [www.who.int/initiatives/decade-of-healthy-ageing](http://www.who.int/initiatives/decade-of-healthy-ageing). Acesso em: 14 set. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO delivers advice and support for older people during COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/who-delivers-advice-and-support-for-older-people-during-covid-19>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO remains firmly committed to the principles set out in the preamble to the Constitution**. Disponível em: [www.who.int/about/who-we-are/constitution](http://www.who.int/about/who-we-are/constitution). Acesso em: 14 set. 2020.

*Data da submissão: 08/03/2021*

*Data da primeira avaliação: 25/06/2021*

*Data da segunda avaliação: 30/08/2021*

*Data da aprovação: 06/09/2021*

**ACORDOS DE MEDIAÇÃO E PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO DA  
RECENTE CONVENÇÃO DE SINGAPURA NO BRASIL**  
*MEDIATION AGREEMENTS AND PROSPECTS FOR THE APPLICATION OF THE  
RECENT SINGAPORE CONVENTION IN BRAZIL*

**Marília Pedroso Xavier<sup>1</sup>**

**Juliana Leticia Suttilli Carniel<sup>2</sup>**

**Ana Carolina Martinez Bazia<sup>3</sup>**

**RESUMO:** A assinatura da Convenção das Nações Unidas sobre Termos de Acordos Internacionais Resultantes de Mediação (Convenção de Singapura) pelo Brasil demonstra mais um avanço para o reconhecimento dos MASCs no país. Por isso, o propósito deste artigo é analisar os próximos passos a serem adotados para a efetiva integração da Convenção ao ordenamento jurídico nacional. Para tanto, adotou-se o método dedutivo, com revisão bibliográfica de textos nacionais e internacionais, que dão as primeiras impressões sobre a Convenção. No primeiro capítulo, foi verificada a compatibilidade da Lei de Mediação brasileira com a Convenção de Singapura, bem como o que ainda precisa ser feito para o ingresso desta no ordenamento. No segundo capítulo, foram trazidos alguns desafios dos tribunais do país acerca da eventual execução dos acordos submetidos à Convenção. No terceiro capítulo, foram sugeridas algumas cautelas para minimizar os riscos envolvidos nos acordos fruto de mediação internacional. Apesar das dúvidas que ainda persistem acerca da ratificação e efetiva aplicação da Convenção no Brasil, as perspectivas são otimistas, dada a convergência já existente e o contexto globalizado vivido, sendo esperadas a disseminação e consolidação da mediação no contexto do comércio internacional.

**Palavras-chave:** Mediação. Mediação internacional. Convenção de Singapura. Brasil. Contratos comerciais. MASC.

---

1 Professora da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e graduada em Direito pela UFPR. Coordenadora de Direito Privado da Escola Superior de Advocacia do Paraná. Membro da Diretoria Paranaense do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Advogada. Mediadora. Autora da obra “Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo” publicada pela Editora Fórum. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9828738337740597>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-3116>. E-mail: [marilia@pxadvogados.com.br](mailto:marilia@pxadvogados.com.br).

2 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Imadec. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0073345726162394>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-3116>. E-mail: [julianalscarniel@gmail.com](mailto:julianalscarniel@gmail.com).

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Mediação e Negociação da UFPR. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2345231871952936>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-3116>. E-mail: [ana\\_mbazia@hotmail.com](mailto:ana_mbazia@hotmail.com).

**ABSTRACT:** The signing of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention) by Brazil represents one more step towards the recognition of ADRs in the country. Wherefore, the purpose of this article is to analyze the next steps to be taken for the effective integration of the Convention into the national legal system. Therefore, the deductive method was adopted, with a bibliographical review of national and international texts, which bring the first impressions of the Convention. In the first chapter, the compatibility of the Brazilian Mediation Law with the Singapore Convention was examined, as well as what still needs to be done for its entry into the legal system. In the second chapter, some challenges faced by the country's courts were raised regarding the eventual enforcement of the agreements submitted to the Convention. In the third chapter, some precautions were suggested to minimize the risks involved in the agreements resulting from international mediation. Despite the doubts that still persist about the ratification and effective application of the Convention in Brazil, perspectives are optimistic, given the existing convergence and the globalized context experienced. The dissemination and consolidation of mediation in the context of international trade are expected.

**Keywords:** Mediation. International mediation. Singapore Convention. Brazil. Commercial contracts. ADR.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Inserção da Convenção de Singapura no ordenamento jurídico brasileiro; 3. Desafios de aplicação da Convenção de Singapura pelos tribunais brasileiros; 4. O impacto da Convenção de Singapura para os mediandos; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Convenção das Nações Unidas sobre Termos de Acordos Internacionais Resultantes de Mediação, mais conhecida por Convenção de Singapura sobre Mediação, é um importante marco para a disseminação da mediação a nível mundial. Considerando o contexto global de desenvolvimento de métodos autocompositivos, havia na comunidade de comércio internacional um anseio por maior segurança na exequibilidade dos acordos obtidos através de um processo de mediação, de modo semelhante à segurança proporcionada às sentenças arbitrais pela Convenção de Nova York de 1958.<sup>4</sup>

Nesse sentido, a Convenção de Singapura veio para fornecer uma moldura normativa para o reconhecimento e execução dos acordos relativos a disputas de comércio internacional, possibilitando que Estados com diferentes sistemas jurídicos, sociais e econômicos possam dar exequibilidade aos acordos. A partir disso, cumpre-se o objetivo de incentivar a utilização

---

4 Trata-se da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a qual foi recepcionada pelo ordenamento brasileiro através do Decreto nº 4.311/2002.



da mediação em disputas comerciais transfronteiriças e o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas.

A Convenção é resultado dos trabalhos desenvolvidos pelo Working Group II da UNCITRAL (Comissão de Direito Comercial Internacional das Nações Unidas) entre os anos de 2015 e 2018. Após diversos debates, houve a consolidação de um texto final, o qual foi recomendado para a Assembleia Geral da ONU em 25 de junho de 2018 e aceito por ela em 20 de dezembro de 2018. A assinatura da Convenção ocorreu em 7 de agosto de 2019, em uma cerimônia realizada em Singapura, ocasião na qual foi assinada por 46 países. Até o final de junho de 2021, a Convenção contava com 5 ratificações, 1 aprovação e 54 assinaturas<sup>5</sup>, tendo entrado em vigor em 12 de setembro de 2020, 6 meses após as três primeiras ratificações (Fiji, Singapura e Qatar).

O Brasil assinou a Convenção de Singapura no dia 4 de junho de 2021 (BRASIL, 2021), representando um primeiro passo de grande importância para que a cultura da autocomposição seja reforçada no país, instigando o uso da mediação em conflitos comerciais internacionais.

Pensando nos próximos passos a serem dados, o presente artigo buscará analisar, num primeiro momento, qual o caminho a ser seguido do ponto de vista legislativo, inclusive refletindo sobre a compatibilidade da atual Lei de Mediação com os ditames da Convenção em determinados aspectos. Em seguida, será analisada a perspectiva da aplicação da Convenção pelos tribunais brasileiros, ponderando sobre os desafios da execução dos acordos internacionais obtidos através de mediação. Posteriormente, serão trazidas algumas considerações para os futuros mediados que optarão por se utilizar da Convenção.

O objetivo do presente artigo é dar um panorama sobre como se dará a inserção e a aplicação da Convenção de Singapura em solo brasileiro, bem como identificar alguns

---

5 Equador, Fiji, Qatar, Arábia Saudita e Singapura já ratificaram a Convenção; Bielorrússia deu aprovação; Assinaram a Convenção, além dos países anteriores: Afeganistão, Armênia, Benin, Brasil, Brunei, Chade, Chile, China, Congo, República Democrática do Congo, Colômbia, Eswatini, Gabão, Geórgia, Gana, Granada, Guiné-Bissau, Haiti, Honduras, Índia, Irã, Israel, Jamaica, Jordânia, Cazaquistão, Laos, Malásia, Maldivas, Maurício, Montenegro, Nigéria, Macedônia do Norte, Palau, Paraguai, Filipinas, Coreia, Ruanda, Samoa, Sérvia, Serra Leoa, Sri Lanka, Timor Leste, Turquia, Uganda, Ucrânia, EUA, Uruguai e Venezuela. A consulta atualizada dos países signatários está disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

desafios e oportunidades. A metodologia utilizada é a dedutiva, sendo realizada a análise de diversos textos doutrinários nacionais e internacionais relacionados à temática.

Apesar de ser um instrumento recente, há grandes expectativas para a rápida disseminação e utilização da Convenção de Singapura. Por isso, é preciso estar atento aos desafios que surgirão, sempre tendo em mente a promoção de uma cultura de pacificação social, de fortalecimento das relações e de popularização dos métodos autocompositivos.

## **2. INSERÇÃO DA CONVENÇÃO DE SINGAPURA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil está inserida num movimento de desenvolvimento dos métodos adequados de solução de conflitos (MASCs) no país que ocorre há mais de uma década. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi um grande marco para a catalisação da utilização dos MASCs, passando a fazer parte do cotidiano da comunidade jurídica. Tal resolução dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tendo previsto a criação de órgãos voltados aos métodos autocompositivos dentro dos tribunais e também estabelecido parâmetros para a formação de conciliadores e mediadores.

O ano de 2015 também foi decisivo para a promoção dos MASCs, pois nele foram promulgados o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e também a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). No primeiro diploma se destacam o incentivo à solução consensual de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), a previsão de uma audiência de mediação ou conciliação (art. 334), bem como a diferenciação entre mediadores e conciliadores (art. 165). Já o segundo se sobressai por regular a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, bem como a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Desde então diversas outras leis<sup>6</sup> também passaram a incluir ou mencionar os meios autocompositivos em seus dispositivos.

---

6 Dois exemplos são as Leis nº 14.112/2020 e nº 14.133/2021. A primeira alterou a Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005) ao incluir uma seção específica sobre conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial. Já a segunda é a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, inovando ao trazer um capítulo específico sobre os meios alternativos de resolução de controvérsias, prevendo a possibilidade de utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (dispute boards) e arbitragem.

Nesse sentido, caso a Convenção de Singapura seja ratificada pelo Brasil, ela passará a fazer parte deste corpo legislativo relativo a meios adequados de resolução de conflitos. Pensando nisso foram elencados alguns tópicos-chave nos quais pode ser identificada grande compatibilidade entre a Convenção e a Lei de Mediação, esta última sendo a lei mais específica sobre este método autocompositivo no Brasil.

Iniciando pela definição de mediação, para a Convenção de Singapura (art. 2º, item 3) esta é um processo através do qual “as partes tentam chegar a um acordo amigável para sua disputa, com a assistência de uma terceira pessoa ou pessoas (“o mediador”) sem autoridade para impor às partes uma solução para o conflito”.<sup>7</sup> Já a Lei de Mediação considera mediação “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”, conforme seu art. 1º, parágrafo único. Da análise das duas definições, percebe-se como ponto comum o destaque dado à presença de um terceiro sem poder decisório, o qual auxilia e presta assistência às partes na busca por uma solução amistosa.

Schnabel (2019a, p. 15-19) aponta que a Convenção buscou ter uma definição ampla de mediação, num estilo guarda-chuva que abarcasse diversos tipos de processos, justamente para coadunar com o objetivo de ampliar sua utilização. Nesse sentido, o autor destaca que no processo de redação da Convenção foram considerados irrelevantes o nome dado ao processo<sup>8</sup>, a origem do processo de mediação<sup>9</sup> e também aspectos relativos à quantidade de participação do mediador no processo.<sup>10</sup> Ainda, a definição de mediação prevista na lei brasileira tem as especificidades de indicar que o terceiro precisa ser imparcial e que deve ser escolhido ou aceito pelas partes, sendo que a definição guarda-chuva da Convenção também é capaz de abarcá-las.

---

7 No presente trabalho as referências ao texto da Convenção são feitas com base na tradução livre de Carla Araújo Demchuk, Paul Eric Mason e Nazareth Serpa. (Disponível em: ><https://imimmediation.org/2019/11/29/singapore-convention-text-in-portuguese/><). Acesso em: 18 jun. 2021). O texto oficial em inglês está disponível em: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore\\_convention\\_eng.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

8 Não se consideraram distinções entre mediação, conciliação ou outros processos, eis que o uso de um mesmo termo poderia ser feito de diferentes formas em culturas jurídicas diversas.

9 O processo de mediação pode se originar por força de uma cláusula de mediação, por concordância das partes após o surgimento do conflito, ou ainda se foi indicado por alguma autoridade judicial.

10 Quanto ao aspecto da quantidade de participação do mediador, tem-se a hipótese de as partes resolverem boa parte da contenda por elas próprias, contando com uma participação pontual do mediador. Nesse caso, ainda que com uma participação pequena do mediador, houve um processo de mediação.

Um segundo aspecto versa sobre o objeto da mediação. Para estar abrigado pelo escopo da Convenção, o acordo obtido precisa se tratar de uma disputa comercial qualificada como internacional (art. 1º, item 1), não versando sobre questões relacionadas à seara consumerista, familiarista, de sucessões ou trabalhista (art. 1º, item 2). Chong e Alexander (2019b, p. 30) apontam que estas exclusões, além de dar ênfase ao foco da UNCITRAL em questões comerciais, estão relacionadas a situações em que há desequilíbrio de poder entre as partes, sendo que as mais vulneráveis demandariam proteção, o que pode ser feito de formas diferentes por cada país e implicar em dificuldades de aplicação.

Por sua vez, a Lei de Mediação traz em seu artigo 3º, *caput*, que o objeto da mediação abarca “conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”<sup>11</sup>, sendo que, acerca destes últimos direitos, em razão do art. 3º, §2º, é exigida a homologação em juízo e oitiva do Ministério Público. Com tais previsões, pretende-se evitar que direitos relacionados à proteção de interesse público sejam regidos por uma ordem negociada. Ademais, no caso de haver um desequilíbrio entre as partes, caberia ao mediador analisar se tal situação seria impeditiva para a realização da mediação (ALMEIDA; PANTOJA; ANDRADE, 2016, p. 82-83).

A partir desta análise verifica-se que o espectro do objeto da mediação é mais amplo na Lei de Mediação do que na Convenção de Singapura, ressaltando-se que os direitos comerciais transigidos na seara internacional estão abarcados dentro dos direitos disponíveis, os quais também são transigíveis.

Um terceiro aspecto diz respeito ao mediador em si. A Convenção de Singapura não aborda diretamente aspectos relativos ao mediador, apenas trazendo menções no art. 5º, itens 1 e) e f), sobre motivos para recusa do *enforcement* pela autoridade competente. Neles são mencionados, respectivamente, a ocorrência de “uma séria violação por parte do mediador dos padrões aplicáveis ao mediador ou à mediação” e a ocorrência de “falha do mediador na divulgação para as partes de circunstâncias que provocaram dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do mediador”.

---

11 Acerca da discussão sobre os limites para os direitos disponíveis e dos indisponíveis transigíveis é importante a reflexão trazida por Fernanda Tartuce, destacando que “sob o manto da indisponibilidade, podem ser encontrados direitos de diferentes matizes”, com maior ou menor rigor legal recaindo sobre eles. É certo que os parâmetros legais devem ser observados no que tange aos direitos indisponíveis, mas quando não há um regramento mais específico de determinadas situações, se verifica um espaço mais amplo para a negociação (TARTUCE, 2018, p. 31).

Conforme discutido pelo Working Group II (CHONG; ALEXANDER, 2019b, p. 114), a ideia era que a Convenção tivesse uma abordagem inclusiva quanto ao aspecto de *standards* aplicáveis ao mediador e à mediação, deixando um espaço de abertura para as diferentes regulações de cada Estado-membro<sup>12</sup>. Nesse sentido há que ser mencionada uma aproximação com o art. 9º da Lei de Mediação. Ainda que o mesmo se refira apenas a mediadores extrajudiciais, não é exigido destes que sejam inscritos ou façam parte de conselhos, entidades de classe ou associações. O foco principal do artigo está na confiança depositada pelas partes no mediador, dele sendo exigido, de forma genérica, que seja capacitado para fazer mediação.

Portanto, resta verificado que tanto a Convenção quanto a Lei de Mediação não listam requisitos específicos para a atuação conforme do mediador fora do ambiente judicial. Todavia, existem códigos de conduta tanto a nível doméstico<sup>13</sup> quanto a nível internacional<sup>14</sup> que podem ser utilizados como parâmetro para a interpretação dos referidos artigos.

Acerca do art. 5º, 1, f) da Convenção, o paralelo com a Lei de Mediação pode ser trazido através da análise do seu art. 5º. O *caput* determina que se aplicam ao mediador as mesmas condições de impedimento e suspeição aplicadas aos juízes<sup>15</sup>, ao passo que o parágrafo único prevê o dever de revelação de circunstâncias que possam afetar a imparcialidade do mediador.

A partir disso, tem-se que ambos os diplomas se preocuparam em assegurar a inexistência de dúvidas das partes acerca da imparcialidade do mediador, já que uma atuação parcial pode fazer com que uma das partes sofra prejuízos, dando ensejo para a anulação do acordo no âmbito doméstico (TILKIAN, 2016, p. 93) e recusa da execução pela autoridade competente no âmbito da Convenção de Singapura.

---

12 Schnabel, por sua vez, menciona que imparcialidade, independência, confidencialidade e tratamento justo das partes seriam exemplos de itens abarcados pelos padrões éticos do art. 5º, 1, e) da Convenção. Todavia, não poderia ser exigido o cumprimento de requisitos indicados *a posteriori* pela autoridade competente para executar o acordo (SCHNABEL, 2019a, p. 51).

13 É exemplo o Anexo III da Resolução nº 125/2010 CNJ, que traz o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

14 São exemplos os códigos de conduta de instituições reconhecidas internacionalmente, como a International Mediation Institute, cujo código de conduta pode ser consultado em: <<https://imimmediation.org/practitioners/code-professional-conduct/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

15 Os motivos de impedimento e suspeição são trazidos, respectivamente, nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil.

Uma outra semelhança identificada entre os dois diplomas é a previsão da possibilidade de uso de meios tecnológicos para a realização do acordo, abrindo caminho para a utilização dos ODRs.<sup>16</sup> Na Convenção as menções a comunicações eletrônicas aparecem tanto na definição do que é considerado um acordo escrito<sup>17</sup> quanto na explicação para os requisitos necessários para o acordo.<sup>18</sup> Como explica Schnabel (2019a, p. 29), tais trechos foram incluídos na Convenção justamente para evitar dúvidas se seria possível realizar acordos através de meios eletrônicos. Chong e Alexander (2019b, p. 82), por sua vez, explicitam que não foi mencionada uma categoria específica de tecnologia acerca da forma de assinatura eletrônica, justamente porque há uma gama muito ampla de formas e métodos tecnológicos para realizar tal ato, não havendo a intenção de limitar possibilidades.

A Lei de Mediação, a seu turno, também dá abertura para a utilização dos ODRs através do art. 46, *caput*, que prevê que a “mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.” Ademais, o parágrafo único do referido artigo faculta a submissão de partes domiciliadas no exterior às regras estabelecidas pela Lei de Mediação, podendo ser de grande valia para as mediações comerciais internacionais.

Há que se destacar que a abertura dada aos ODRs nos dois diplomas se demonstrou muito acertada, pois não impuseram definições estritas, dando margem para absorver mudanças relacionadas ao desenvolvimento de novas tecnologias. Ademais, o atual contexto pandêmico, com a limitação das comunicações presenciais, apenas acelerou a popularização e utilização de métodos de comunicação virtual.<sup>19</sup>

---

16 “Online Dispute Resolution (ODR) is the application of information and communication technology to the prevention, management and resolution of disputes.” Em tradução livre, a Resolução de Disputas Online é a utilização de tecnologias da informação e comunicação para a prevenção, gestão e resolução de disputas (KATSH; RULE, 2016, p. 329).

17 Para ser considerado acordo escrito, basta que o conteúdo da comunicação eletrônica consiga estar disponível para ser usado posteriormente como referência do que foi acordado. Um exemplo muito comum é a utilização de e-mails (art. 2º, item 2 da Convenção de Singapura).

18 O art. 4º, item 2 da Convenção aborda alguns aspectos sobre a assinatura através de meios eletrônicos. Um método deve ser utilizado para identificar as partes ou o mediador e para indicar a intenção das partes ou do mediador em relação às informações contidas na comunicação eletrônica. O método precisa ser adequado às circunstâncias e confiável ou provar que foi capaz de demonstrar os requisitos de identidade das partes e suas intenções.

19 Uma das preocupações levantadas acerca da vagueza do art. 46 da Lei de Mediação está relacionada à regulação de critérios de qualidade, garantindo o funcionamento eficaz, independente, transparente, justo e sem entraves da mediação (PAUMGARTTEN, 2016, p. 270).

Em resumo, resta claro o alinhamento entre a Lei de Mediação e a Convenção de Singapura quanto a aspectos de definição e objeto da mediação, mediador<sup>20</sup> e uso de meios tecnológicos.

Por fim, aborda-se a possibilidade de executar acordos envolvendo países, órgãos governamentais e seus representantes. A Convenção traz em seu art. 8º, item 1, a), a possibilidade dos Estados-membro fazerem uma declaração e optarem que a Convenção não se aplique a acordos nos quais sejam parte ou estejam envolvidos órgãos governamentais ou seus representantes.<sup>21</sup> Além de o Brasil ter assinado Convenção sem estabelecer semelhantes reservas, é improvável que na eventual ratificação sejam elencadas reservas nesse sentido. Isto porque o país já conta com diversas leis esparsas favoráveis à utilização de meios autocompositivos pela administração pública, além da Lei de Mediação propriamente dita.<sup>22</sup>

Portanto, diante de todo o exposto, entende-se que não existem dissonâncias significativas que obstem a completa recepção da Convenção de Singapura no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, passa-se a analisar qual o percurso legislativo que ainda precisa ser percorrido para que isto se concretize, contando a Convenção com plena aplicabilidade após sua ratificação.<sup>23</sup>

---

20 Cabe ressaltar que a Lei de Mediação traz várias outras previsões acerca do mediador, mas estas não foram analisadas aqui de forma aprofundada justamente para manter o paralelo com os dispositivos da Convenção. Faz-se, portanto, uma breve menção ao art. 7º da Lei de Mediação, o qual impede que o mediador atue posteriormente como árbitro em processo no qual atuou como mediador. Tal artigo apresenta incompatibilidade com o art. 13 da UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, o qual prevê a possibilidade de atuação de uma mesma pessoa como mediadora e árbitra, desde que as partes tenham consentido para tal. Esta Model Law foi elaborada pelo Working Group II da UNCITRAL juntamente com a Convenção de Singapura, com o objetivo de servir de modelo de legislação a ser adotada internamente pelos países. Ela pode ser adotada com ou sem modificações pelos países, portanto, não possui caráter vinculante, sendo apenas um norte para a produção de legislação interna na temática. Assim, por mais que haja esta sugestão legislativa por parte da UNCITRAL, o Brasil já conta com uma Lei de Mediação, não devendo esta pequena incompatibilidade ser vista como óbice para aplicação da Convenção em si. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex\\_ii.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

21 Até junho de 2021 apenas Irã (assinou), Belarus (aprovou) e Arábia Saudita (ratificou) apresentaram declarações no sentido de que a Convenção não se aplicará para mediações nas quais eles sejam partes ou que envolvam órgãos governamentais ou seus representantes.

22 A Lei de Mediação conta com um capítulo específico sobre a autocomposição de conflitos em que é parte pessoa jurídica de direito público. Um exemplo de lei esparsa é a já mencionada Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021).

23 Apenas com a assinatura, estágio em que a Convenção se encontra agora no Brasil, o documento internacional ainda não possui força vinculante.

Nesse sentido, a primeira coisa a ser destacada é que o direito brasileiro adotou o modelo chamado multifásico, no qual a vigência do tratado em solo brasileiro depende de outros atos para além da assinatura (SOARES, 2019, p. 1-3). Para que o processo avance para internalização no ordenamento brasileiro, a etapa após a assinatura é a submissão à apreciação do Congresso Nacional, que é solicitada mediante uma mensagem do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor da Convenção e da exposição de motivos. A tramitação é iniciada na Câmara dos Deputados, passando posteriormente pelo Senado. São realizadas discussões pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania e de Relações Exteriores, em ambas as casas, além de outras comissões temáticas se necessário (REZEK, 2018, p. 91).

Havendo aprovação parlamentar, o texto do tratado é então assinado pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União. A etapa seguinte engloba a sanção presidencial, a promulgação pelo Presidente da República e a publicação do texto do tratado, por meio de decreto do chefe do Executivo. Tais atos permitem que seja feita a ratificação, isto é, a entrega ao depositário da Convenção, que no caso é o Secretário-Geral das Nações Unidas (art. 10º da Convenção de Singapura). A partir deste momento é que se contará o início da vigência – e, portanto, obrigatoriedade de observância – da Convenção no país, o que, segundo a própria Convenção de Singapura, se dará seis meses depois (art. 14, item 2) (MAZZUOLI, 2021, p. 80).

Observa-se, também, a absoluta discricionariedade do Estado, inclusive, em não se vincular à Convenção, mesmo após sua assinatura, inexistindo qualquer obrigatoriedade de ratificação, muito embora possa ser vista no cenário internacional como politicamente inoportuna ou inamistosa (REZEK, 2018, p. 78). Caso o Estado-membro desista de continuar vinculado à Convenção de Singapura após ter efetuado a ratificação, há a possibilidade de denunciá-la, nos moldes do art. 16.

Diante do exposto, nota-se um longo e burocrático caminho para o ingresso definitivo da Convenção de Singapura no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, Chong e Alexander (2019b, p. 18) mencionam o potencial de a Convenção de Singapura encorajar Estados a desenvolver suas capacidades institucionais e regulatórias, a estabelecer regras para os prestadores de serviços de mediação e a construir uma infraestrutura capaz de integrar os meios tecnológicos ao ambiente de mediação.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Brasil já conta com um desenvolvimento significativo de instrumentos desde a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ. Este histórico



de produção legislativa é de grande valia quando se considera a possibilidade dos Estados-membro da Convenção se tornarem polos de mediação perante a comunidade de comércio internacional.

Todavia, para além do trâmite legislativo e do desenvolvimento das instituições relacionadas à mediação, também é preciso prestar atenção a como os acordos abarcados pelo escopo da Convenção serão executados no Brasil. Isto certamente englobará a atuação dos tribunais brasileiros, tema que será desenvolvido no próximo capítulo.

### **3. DESAFIOS DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE SINGAPURA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Neste capítulo os olhares se voltam para uma análise prática da Convenção de Singapura, buscando entender como será aplicada no cotidiano do Judiciário nacional e quais os desafios vindouros. Tal análise se desdobra, principalmente, em três aspectos: processuais, materiais e o acúmulo de processos no Poder Judiciário. Iniciando pelos aspectos processuais, a executoriedade do acordo firmado por meio da Convenção será um dos primeiros desafios, isso porque o CPC/15 prevê um rol taxativo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 656) de documentos que são considerados títulos executivos extrajudiciais, conforme o art. 784, CPC.

Dentre eles há o instrumento de transação referendado por mediador credenciado por tribunal (art. 784, IV, CPC). Nada obstante, a doutrina processual tende a interpretar restritivamente a apenas aqueles mediadores presentes no cadastro nacional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 657).<sup>24</sup> Dessa forma, não estariam abarcados os acordos cuja assinatura decorre de mediador de câmara privada ou *ad hoc*.

Importante ressaltar que a Convenção determina que o acordo deve ser escrito. Isso permitiria às partes a efetivação do contrato mediante ação monitória (art. 700 e seguintes do CPC). Contudo, tal solução demonstraria pouco efeito prático, pois um acordo internacional obtido através da Convenção teria a mesma força executiva que um acordo obtido na ausência

---

24 Conforme coloca o próprio CNJ: “O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ) foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para atender ao disposto no artigo 167 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e no artigo 6º, IX, da Resolução CNJ n. 125/2010, para garantir a qualidade e a padronização das informações prestadas aos jurisdicionados e para interligar os cadastros de todos os tribunais”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores-ccmj/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

desta ou de um simples contrato, mantendo a incerteza e os entraves existentes (VANISOVÁ, 2019, p. 10).

É certo que os §§ 2º e 3º do art. 784 do CPC vislumbram a possibilidade que os títulos sejam oriundos de país estrangeiro, dispensando qualquer homologação. A eficácia executiva, porém, apenas existe quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação. Ou seja, exige-se uma avaliação das leis estrangeiras para que seja possível executar no Brasil. Perde-se, obviamente, tempo significativo apenas nesta análise e discussão.

Não bastasse isso, há que se notar que há, nesse ponto, um grande desafio. Isso porque a Convenção estipula expressamente a chamada “desnecessidade de sítio”, isto é, a dispensabilidade de indicação do lugar da assinatura do acordo (CHONG; ALEXANDER, 2019a). Isto está bastante alinhado com a força motriz da própria Convenção – a mediação internacional – mas também com os ODRs. Estas novas formas de realização e assinatura do acordo, que podem ocorrer inclusive digitalmente, de diferentes partes do globo, dificultam a determinação do “lugar de celebração”.

Nesse sentido, seria impossível determinar de qual país seriam os requisitos que tornam aquele acordo um título executivo, porque sequer se sabe qual lei estrangeira adotar como parâmetro. Os primeiros comentários acerca da Convenção indicam que tal escolha decorreu da lógica de que as partes podem desenhar soluções abstraídas, isto é, não vinculadas a um sistema legal específico. Mais do que isso, a intenção reside em emprestar executoriedade direta e internacional (CHONG; ALEXANDER, 2019b, p. 25-26).

Contudo, não sendo os acordos internacionais uma das hipóteses elencadas no art. 784, CPC, tampouco constando expressamente que a Convenção transfigura o acordo em título executivo – até em virtude dos diferentes tipos de *enforcement* emprestados pelos países signatários, há uma dificuldade de internalização prática do pretendido *enforcement* no Brasil. Sem uma alteração legislativa, poderia permanecer a interpretação de que, para tanto, seria necessário obedecer aos requisitos já existentes na lei processual brasileira, sem qualquer diferença efetiva.

Acredita-se que a ratificação da Convenção de Singapura possa, em alguma medida, flexibilizar esta análise, a exemplo do que ocorreu no REsp 700.114/MT, em que foi possível o “reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual” (BRASIL, 2007).

As mediações internacionais fazem parte deste contexto de globalização econômica, que na observância de critérios objetivos da Convenção, como a assinatura do mediador ou declaração da instituição em que ocorreu a mediação (art. 4º, item 1, b)), permitiriam agilidade nas execuções dos acordos. Além disso, com a ratificação, o Brasil obriga-se a cumprir o tratado, devendo buscar modos de torná-lo eficaz.<sup>25</sup>

Cabe reforçar que, ainda que os tribunais possam pedir a tradução e outros documentos que confirmem os requisitos da Convenção de Singapura, a imposição de mais formalidades para a execução do acordo, que acabariam por atrasar o procedimento, é absolutamente contrária aos propósitos da Convenção (SILVESTRI, 2019, p. 194). Violar os requisitos de unificação e subsequente exequibilidade poderia representar, inclusive, um descumprimento da obrigação internacional assumida pelo Brasil.

Assim, considerando todas estas premissas, entende-se que uma interpretação possível e apropriada dos §§ 2º e 3º do art. 784, CPC, é que, se as partes formalizarem o acordo tomando por fundamento a Convenção, dever-se-á analisar apenas os requisitos previstos nela para se considerar o acordo um título executivo, assim como se analisariam os requisitos da lei estrangeira do local da assinatura.

Trata-se, porém, de discussão ainda não deflagrada nos tribunais brasileiros, especialmente ante a recentíssima assinatura. É tema que precisará ser enfrentado e, até que uniformizado, poderá representar alguma dificuldade executiva e interpretativa.

Passando-se agora aos aspectos relativos ao direito material, outro desafio será determinar qual será a legislação aplicável quanto à interpretação da Convenção. Isso porque a Convenção não esclarece como expressões como “incapacidade” (art. 5º, item 1, a) devem ser interpretadas ou quais leis as determinariam.<sup>26</sup>

No contexto brasileiro, acredita-se que o mais seguro seria se valer dos critérios estipulados pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), no que concerne ao conflito de leis, dado que se mostra critério mais objetivo e de mais fácil apreensão pelas partes e pelo julgador. Também retrata uma escolha anterior do legislador acerca do que se interpreta possível de se basear quando se deparar com uma situação de

---

25 O item 5 do art. 4º da Convenção impõe que a autoridade competente aja rapidamente.

26 Alguns estudiosos da Convenção, como Chong e Alexander, sugerem múltiplos critérios possíveis, como o *validation principle*, prezando pela máxima efetividade possível ao acordo, ou o *renvoi* (CHONG; ALEXANDER, 2019b, p. 89-90).

dúvida, tendo em mente os demais pilares do ordenamento e princípios constitucionais. Assim, por exemplo, para a verificação da incapacidade, utilizar-se-ia a regra do local de domicílio da pessoa cuja capacidade é questionada.

Quanto à nulidade ou ineficácia (art. 5º, item 1, b), a Convenção determina que deve, na falta de estipulação entre as partes, ser avaliado conforme “a lei considerada aplicável pela autoridade competente da Parte na Convenção onde ocorreu o requerimento para assistência jurídica”. Assim, reforçando a hipótese anterior, a LINDB seria a forma mais apropriada de se verificar a validade e a eficácia do acordo, caso o Brasil seja acionado para prestar assistência jurídica. Afinal, é por esta lei que o país define a lei aplicável.

Contudo, aqui encontramos mais um desafio. Isso porque, o art. 9º da referida lei estipula que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Quando decorre de contrato, “reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Nesse ponto, há grande dificuldade na definição do local em que o acordo se constituiu, dado que, como já comentado, a Convenção dispensa que seja indicado lugar de celebração, bem como viabiliza a ocorrência dos procedimentos virtuais, sem local específico. Também é complexo identificar o local de quem propôs o acordo nos moldes que se encontra. Isso decorre tanto do próprio processo de mediação, que em geral pressupõe a cooperação na construção do acordo, quanto do princípio da confidencialidade. Assim, o mais aproximado seria considerar o lugar em que reside aquele que propôs o procedimento de mediação que resultou no acordo ou, subsidiariamente, do local do mediador.

Como se nota, todos esses questionamentos poderão bater às portas dos tribunais, gerando longos debates em diferentes instâncias. Isso deflagra mais uma dificuldade do sistema brasileiro: o acúmulo de processos no Poder Judiciário. O CNJ informou que o tempo médio de uma execução é de 4 anos e 6 meses, superior, inclusive, ao tempo para o processo de conhecimento (CNJ, 2017).

Este aspecto é reconhecido também por autores internacionais. Mason (2020), além de sugerir que tais casos sejam tratados diretamente pelo STJ, à semelhança dos casos relacionados à arbitragem, indica que um grande desafio será enfrentar cortes que já estão abarrotadas de casos e ainda terão que assumir novas incumbências em razão da Convenção. Trata-se, portanto, de mais um obstáculo, agora organizacional, que o Poder Judiciário precisará continuar a enfrentar.

É certo que, como indica Schnabel (2019b, p. 274), as dificuldades expostas nesse capítulo não são exclusivas do Brasil, mas a realidade de diversas jurisdições, em que a execução do contrato pode ser um processo longo e estressante. Nesse sentido, encontrar dificuldade de executar o acordo gera a permanência do risco nas relações comerciais quanto à efetividade dos acordos, enfraquecendo o próprio mecanismo da mediação (VANISOVÁ, 2019, p. 7).

Por outro lado, a maioria dos acordos fruto de mediação que foram desafiados no judiciário, foram validados (VANISOVÁ, 2019, p. 8). Isso demonstra que a mediação não deve ser negligenciada. Conforme discutido nos próprios painéis do evento de assinatura da Convenção, os mecanismos de mediação, arbitragem e processos judiciais devem ser vistos como complementares entre si (CHEW; VIALARD; TAYLOR, 2019, s.p.), cabendo à jurisdição brasileira fazer valer o princípio constitucional de acesso à justiça e dar efetiva liberdade às partes de escolher dentre esses vários modos, com segurança e previsibilidade.

Cabe reforçar, porém, que para alguns autores, como Vanisová (2019, p. 6-7), o *enforcement* dado pela Convenção a partir de uma moldura unificada é apenas um efeito colateral. O principal objetivo da Convenção seria a promoção da mediação como solução de conflitos comerciais internacionais. Sob este viés, ainda que não fosse possível reconhecer como título executivo extrajudicial, o efeito simbólico remanesceria como mais um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, que seria aprofundado com uma abordagem eficaz pelos tribunais nacionais. Por isso, no próximo capítulo, passa-se a analisar como os mediandos podem minimizar os riscos aqui mencionados.

#### **4. O IMPACTO DA CONVENÇÃO DE SINGAPURA PARA OS MEDIANDOS**

Considerando estes vários desafios de aplicação, aqueles que desejarem se valer da Convenção de Singapura podem tomar algumas precauções para minimizar os riscos envolvidos ou, ao menos, contabilizá-los na elaboração do conteúdo do acordo, caso desejem futuramente executá-lo no Brasil.

O primeiro cuidado é observar que a Convenção ainda não possui obrigatoriedade no país, como colocado acima. Isso indica que mesmo que os requisitos ali estipulados sejam rigidamente seguidos, o cumprimento dos acordos poderá ser frustrado, retornando à necessidade de cumprimento dos requisitos das normativas domésticas. Da mesma forma, deve-se considerar que, mesmo que ratificada, a Convenção ainda será tema novo e com

debates intensos pela doutrina e jurisprudência, como também já suscitado. Este aspecto deve ser levado em conta na escolha do método adequado à resolução do conflito específico.

Ademais, sugere-se que as partes mencionem, sempre que possível, que desejam que o acordo seja submetido às disposições da Convenção de Singapura. Embora este não seja um requisito para a sua efetiva aplicação, pode minimizar discussões acerca do conhecimento pelas partes da regulamentação ali existente, bem como dos demais requisitos impostos.

Ainda, é importante indicar o local de negócios de cada parte que está sendo considerado para o acordo e o local das obrigações ou objeto do acordo. Isso decorre da necessidade de que seja demonstrada a característica de acordo internacional no momento de sua conclusão. Assim, se as partes concordam com o local de negócios considerado, concordam também que se enquadra no escopo da Convenção. Estas três medidas conjuntas podem minimizar as discussões acerca da aplicabilidade da Convenção.

Outra cautela primordial é documentar a integralidade do acordo de alguma forma, para que ele exista “por escrito”, conforme art. 2º, item 2 da Convenção. Neste ponto, porém, não é necessário que seja um documento único ou mesmo físico, podendo ser um documento digital. Chong e Alexander (2019b, p. 48-49) indicam, inclusive, que poderiam ser documentos fragmentados, desde que fosse possível auditá-los ou, ao menos, acessar a informação para referência subsequente, além das respectivas assinaturas.<sup>27</sup> Contudo, reunir todas as informações e composições em um único termo de acordo, ainda que eletrônico, pode ser muito importante quando observadas as possibilidades de rejeição. O artigo 5º, item 1, c) da Convenção dispõe acerca da necessidade de que as obrigações sejam claras e compreensíveis, o que pode ser comprometido se fragmentado ou desorganizado. Deve-se também ser suficiente para demonstrar que o acordo é vinculante e definitivo (art. 5º, item 1, b, II).

Também seria recomendável que as partes definissem o direito material aplicável ao acordo, dada a indefinição de algumas expressões da Convenção (incapacidade, nulidade, ineficácia). Nesse ponto, porém, é importante refletir que esta definição por meio da autonomia da vontade não é reconhecida no Brasil (SPERANDIO, 2005).

---

27 Dispõe o art. 4º, item 1, a) da Convenção de Singapura: “A parte que recorrer ao Termo do Acordo, na base no texto da presente convenção, deverá providenciar à autoridade competente desta Convenção no local onde foi solicitada a assistência: a) O Termo do Acordo assinado pelas partes.”

Atualmente, como refletido acima, vige a lei do local da celebração ou do proponente do contrato. A redação atual do art. 9º da LINDB retirou a expressão “salvo disposição em contrário”, apontando pela exclusão desta alternativa para os contratantes. Tal escolha, porém, vai na contramão dos entendimentos mais modernos, que sinalizam para a valorização da autonomia das partes, como estampado na Convenção de Roma de 1980 e na Convenção do México de 1994, esta interamericana, mas sem ratificação pelo Brasil, que apenas a assinou (DOLINGER; TIBURCIO, 2020, p. 361-363).

Nada obstante, considerando que a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) permite expressamente que as partes escolham a lei aplicável, limitando apenas a não contrariedade aos bons costumes e à ordem pública, é plenamente possível suscitar, e mesmo ser futuramente acolhido, que as partes assim possam determinar em relação a seus acordos decorrentes de mediação internacional.

Visando efeito similar, ao escolherem pela mediação (seja institucionalizada ou *ad hoc*), é proveitoso às partes formalizar as regras aplicáveis ao mediador e ao procedimento. Nesse sentido, é possível recorrer a códigos de conduta do mediador e regulamentos de mediação elaborados por entidades governamentais, instituições reconhecidas ou câmaras de mediação, mencionando-os expressamente em cláusulas de mediação, termos de compromisso de mediação e documentos afins. Assim, ao estipularem previamente o que esperam do mediador e do procedimento, os mediandos têm em mãos parâmetros mais seguros, que podem ser futuramente exigidos.<sup>28</sup> Ademais, é importante a escolha de um mediador capacitado e competente, ciente do seu relevante papel na solução do conflito, ainda que nenhuma credencial específica lhe seja exigida.<sup>29</sup>

Passando a outro cuidado, considerando que o art. 6º da Convenção permite aplicações ou reivindicações paralelas, sugere-se que seja estabelecido um critério de determinação de um local prioritário de execução. Tal medida visa evitar um número exagerado de reivindicações, criando um ônus para a parte que solicitar a execução em local diverso de

---

28 Cabe lembrar o art. 5º item 1, e) e f) da Convenção, que estabelece motivos relacionados ao mediador para recusa do *enforcement* pela autoridade competente, os quais já foram analisados no capítulo 2.

29 A fim de cumprir o requisito do art. 4º, item 1, b), a forma mais rápida e eficaz de evidenciar que o acordo resultou da mediação é solicitar a assinatura do mediador no próprio termo de acordo. Contudo, independentemente da forma optada, é relevante a manutenção ou mesmo indicação de algumas informações que permitam identificar o mediador, permitindo posterior contato, para que, ao menos, o art. 4º, item 1, b, IV, possa ser utilizado como referência.

justificar esta escolha. Não se trata de criar um impeditivo, mas parâmetros à aplicação dos princípios da boa-fé e da razoabilidade.

Além disso, a própria Convenção (art. 6º) indica que a autoridade competente de onde o pedido foi requerido pode, se considerar pertinente, adiar a decisão ou exigir da outra parte a prestação de garantia. Contudo, trata-se de mera faculdade do julgador. Cabe reforçar que o art. 24 do CPC explicitou que “ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. Dessa forma, fica assentada a possibilidade de executar o acordo no Brasil, mesmo que a execução já tenha sido iniciada em outro país, de modo que os critérios de priorização do local de execução também tomam relevância por este aspecto.

Por fim, sugere-se que a mediação seja acompanhada de um advogado. Isso porque, como destaca Adolfo Braga Neto (1999, p. 97), os advogados são indispensáveis, desde a preparação para a mediação até formalização do acordo. Nesse sentido, os departamentos jurídicos das empresas assumem importante figura (REED, 2019, p. 9), ao poderem sugerir a mediação para economia de tempo e recursos, bem como estipular as cláusulas imprescindíveis, inclusive mediante instruções aos advogados externos.<sup>30</sup> Em conjunto, estes devem fornecer ao cliente as ferramentas jurídicas passíveis de acomodar os interesses conciliados, com a segurança esperada, inclusive, observando as sugestões dadas neste capítulo.

Muito embora as diversas recomendações feitas aqui não sejam exaustivas, apresentam-se como cautelas para a maior perfectibilização do acordo oriundo da mediação internacional. Busca-se que cada vez mais partes verifiquem a adequação da mediação ao seu conflito, tornando-se mediandos. Afinal, por este método os próprios contratantes podem aumentar a torta, gerar ganhos mútuos, manter e aprofundar as relações, com menores danos colaterais, especialmente o gasto de recursos e tempo.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

30 Recorde-se a importância de que a redação do acordo seja clara, transparecendo os reais interesses das partes, e não ofereça – ou, ao menos, minimize – as dificuldades de ser executado na maior parte das jurisdições. Por isso, sugere-se a busca por profissionais que possuam expertise neste método autocompositivo e em direito internacional.



A Convenção de Singapura descortinou um novo capítulo no desenvolvimento da mediação enquanto método adequado de solução de conflitos. Sua entrada em vigor trouxe grande entusiasmo, mas também evidenciou diversos desafios a serem enfrentados. Ainda restam dúvidas sobre como se dará a aplicação da Convenção, todavia, será apenas com o surgimento de casos concretos que estas respostas poderão ser debatidas de forma construtiva e com um viés prático.

Para que isso ocorra, é necessário o engajamento dos futuros mediandos na utilização da mediação e da Convenção, tendo consciência dos cuidados a serem tomados e dos benefícios a serem auferidos (maior segurança, previsibilidade e economia de recursos, apenas para citar alguns). Também será de grande valia a colaboração dos Estados-membro (espera-se que o Brasil se torne um em breve) na efetiva execução dos acordos apresentados às suas autoridades competentes.

Com a presença deste espírito cooperativo entre os diversos atores, espera-se que haja uma verdadeira disseminação e consolidação da mediação como um método adequado de resolução de conflitos na seara do comércio internacional e no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 35-90.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação, métodos de resolução de controvérsias**, nº 1. São Paulo: LTr, 1999. p. 93-100.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.311**, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **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/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.112**, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Brasil assina a Convenção de Singapura sobre mediação internacional**. 08 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/junho/brasil-assina-a-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-internacional>>. Acesso: em 19 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REs 700.114/MT 2004/0148477-8**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 27/03/2007. Órgão Julgador: T1 - Primeira Turma. Publicação: DJ 14/05/2007. p. 251.

CHEW, Daryl; VIALARD, Chloé; TAYLOR, Ed. Multilateralism, International Collaboration and Rule of Law in an Evolving World. In: **Singapore Convention on Mediation Panel Session Report**. Island Ballroom, Shangri-La Hotel, Singapore, 7 August 2019. Disponível em: <<https://www.singaporeconvention.org/pdf/1-Report-Panel-1.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CHONG, Shouyu; ALEXANDER, Nadja. Singapore convention series: Why is there no ‘seat’ of mediation? **Kluwer Mediation Blog**, 1.º fev. 2019a. Disponível em: <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/01/singapore-convention-series-why-is-there-no-seat-of-mediation/>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

CHONG, Shouyu; ALEXANDER, Nadja. The Singapore Convention on Mediation: A Commentary. In: **Global Trends in Dispute Resolution**. Netherlands: Kluwer Law International, 2019b. v. 8.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CCMJ)**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/cadastro-nacional-de-mediadores-judiciais-e-conciliadores-ccmj/>>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Execução judicial demora três vezes mais do que o julgamento. **Notícias CNJ**, 1.º set. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/a-demora-para-executar-decisao-e-maior-do-que-o-de-julgamento-na-justica/>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. **Direito internacional privado**. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE. **Code of Professional Conduct**. Disponível em: <<https://imimmediation.org/practitioners/code-professional-conduct/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

KATSH, Ethan; RULE, Colin. What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution. **South Carolina Law Review**, v. 67, p. 329-344, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 6 Mb; Epub.

MASON, Paul. The Singapore Convention and Its Benefits for Brazil. **International Mediation Institute (IMI)**, 27 fev. 2020. Disponível em: <<https://imimmediation.org/2020/02/27/the-singapore-convention-and-its-benefits-for-brazil/>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional privado**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PAUMGARTTEN, Michele. Disposições finais. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 229-234.

REED, Lucy. Ultima Thule: Prospects for International Commercial Mediation. **NUS Centre for International Law Working Paper 19/03**, jan. 2019. p. 1-24. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3339788>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHNABEL, Thimoty. The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements. **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**, v. 19, n. 1, p. 1-60, 2019a. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3239527](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3239527)>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SCHNABEL, Timothy. Implementation of the Singapore Convention: federalism, self-execution and private law treaties. **The American Review of International Arbitration**, v. 30, p. 265-289, 2019b. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3320823>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SILVESTRI, Elisabetta. The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation? **Revista Eletrônica de Processo**, v. 13, n. 20, n. 2, p. 189-200, maio/ago. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44558/30277>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SKILLEN, Laura May. Singapore Convention text in Portuguese. Tradução de: Carla Araújo Demchuk, Paul Eric Mason e Nazareth Serpa. **International Mediation Institute (IMI)**, 29 nov. 2019. Disponível em: <<https://imimediation.org/2019/11/29/singapore-convention-text-in-portuguese/>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

SOARES, Patricia Lamego Teixeira. A internalização dos Tratados Internacionais no Brasil. **Cooperação em Pauta**, Brasília, n. 51, p. 1-3, maio 2019. Disponível em: <[https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/copy3\\_of\\_CooperacaoemPautaMaio2019.pdf](https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/copy3_of_CooperacaoemPautaMaio2019.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2021.

SPERANDIO, Helena Arriola. O princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais - LICC X Convenção do México de 1994 (CIDIP V). **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 309-320, jul./dez. 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TILKIAN, Rubens D. **Comentários à Lei de Mediação**. São Paulo: Migalhas, 2016.

UNCITRAL. **Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation**. Disponível em: <[https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

UNCITRAL. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018** (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002). Disponível em: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex\\_ii.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation.** Disponível em: <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore\\_convention\\_eng.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

VANISOVÁ, Veronika. Current Issues In International Commercial Mediation: Short Note On The Nature Of Agreement Resulting From Mediation In The Light Of The Singapore Convention. **Prague Law Working Papers Series**, Charles University: Praga, 2019. p. 1-12. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3413560](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3413560)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

*Data da submissão: 31/08/2021*  
*Data da primeira avaliação: 20/09/2021*  
*Data da segunda avaliação: 13/10/2021*  
*Data da aprovação: 13/10/2021*

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO À LEGITIMIDADE DE  
PARTIDOS POLÍTICOS PARA A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE  
SEGURANÇA COLETIVO NA TUTELA DE DIREITOS**  
*THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE RESTRICTION OF THE LEGITIMACY  
OF POLITICAL PARTIES FOR THE REQUEST OF A COLLECTIVE WARRANTY  
OF WARRANTY IN THE GUARDIANSHIP OF RIGHTS*

**Ricardo Adelino Suaid<sup>1</sup>**

**Thiago Ribeiro Franco Vilela<sup>2</sup>**

**Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O presente artigo trata da interface entre o papel dos Partidos Políticos no Estado Democrático de Direito e a defesa dos direitos fundamentais transindividuais dos cidadãos por meio do mandado de segurança coletivo. A reflexão tem repercussão teórica para o conhecimento da ciência do direito, e especialmente prática, enquanto amplia o espectro de proteção dos bens jurídicos cujos titulares sejam indetermináveis. O problema consiste em investigar se diante da garantia estabelecida no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal, é constitucional a limitação prevista no artigo 21 da 12.016/2009. Para tanto será empregado o método dedutivo, realizando a pesquisa bibliográfica e consiste na análise crítica sobre a doutrina nacional e precedentes do Supremo Tribunal Federal. Concluir-se-á, por derradeiro, que a restrição estabelecida pela legislação ordinária não encontra respaldo na norma fundamental e tampouco se coaduna com o compromisso dos Partidos Políticos na defesa de interesses e direitos da nação.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Mandado de Segurança Coletivo; Partidos Políticos; Legitimidade; Direitos Difusos

---

<sup>1</sup> Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ex-Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo; Especialista em Direito Público; Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp. E-mail: ricardo\_suaid@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8202880639145493>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4417-6588>.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Tocantins; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins; Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp. E-mail: thiagofvilela@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2306346431275569>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9391-2206>.

<sup>3</sup> Procurador do Estado de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP (Subárea Direito Constitucional), Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNAERP e professor convidado de cursos de pós-graduação (PUC-COGEAE, Faculdade Baiana de Direito e USP-FDRP), membro do Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Árbitro em Direito Público e Privado. E-mail: olavoferreira@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2218713858394368>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1067-4335>.

**ABSTRACT:** This article deals with the interface between the role of Political Parties in the Democratic Rule of Law and the defense of transindividual fundamental rights of citizens through the collective writ of mandamus. The reflection has theoretical repercussions for the knowledge of the science of law, and especially the practical one, as it broadens the spectrum of protection of legal assets whose holders are indeterminable. The problem is to investigate whether, in view of the guarantee established in article 5, LXX, of the Federal Constitution, the limitation provided for in article 21 of 12.016/2009 is constitutional. For that, the deductive method will be used, carrying out the bibliographical research and it consists of the critical analysis on the national doctrine and on the precedents of the Federal Supreme Court. Finally, it will be concluded that the restriction established by the ordinary legislation is not supported by the fundamental norm, nor is it consistent with the commitment of the Political Parties in defending the interests and rights of the nation.

**Keywords:** Fundamental Rights; Collective Security Mandate; Political Parties; Legitimacy; Diffuse Rights

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Direitos Fundamentais e Instrumentos da Jurisdição Constitucional das Liberdades; 3. Síntese histórica do mandado de segurança coletivo; 4. Análise dos pressupostos processuais; 4.1. O interesse de agir no mandado de segurança coletivo; 4.2. A específica legitimidade dos partidos políticos para a defesa de direitos fundamentais; 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Os partidos políticos têm papel crucial no Estado Democrático de Direito e no desenvolvimento da democracia, pois congregam grupos de pessoas tendentes ao exercício, pelo voto, do poder de representação do povo na defesa dos interesses da nação.

A vertente da representação política, diga-se de passagem, não se confunde com o instituto da representação do direito privado, pois transcende os fins e interesses individuais (BONAVIDES, 2010).

Na perspectiva de que os Partidos Políticos atuam em torno dos valores e ideologias subjacentes a toda coletividade, tem o presente artigo o escopo de investigar a legitimidade das agremiações partidárias para a tutela dos direitos fundamentais difusos por meio da estreita via do mandado de segurança coletivo.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 tenha contemplado no rol de direitos fundamentais do artigo 5.º, a impetração de mandado de segurança coletivo por partido

político sem delimitar o objeto do *writ*, a Lei 12.019 de 2009 deu contornos restritivos a matéria, tendo expurgado a viabilidade da defesa de direitos difusos.

Neste contexto, ante o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, é imperiosa a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei do mandado de segurança no tratamento da matéria, o que constitui o problema do presente trabalho.

Optamos pela divisão do desenvolvimento do trabalho em quatro partes. Inicialmente buscou-se correlacionar o surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais com os instrumentos jurisdicionais de garantia das liberdades, em especial o mandado de segurança, cujo histórico foi explorado na sequência, para e, por fim, ser analisado os pressupostos processuais deste remédio, sob a perspectiva coletiva.

O método dedutivo foi adotado, realizando a pesquisa bibliográfica e consiste na análise crítica sobre a doutrina nacional e sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal, visando consolidar entendimento para o desenvolvimento da problemática exposta.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E INSTRUMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES**

A previsão de direitos fundamentais está umbilicalmente ligada ao surgimento dos regimes constitucionais.

Com fulcro no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>4</sup>, Ferreira Filho pontua que: “*Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais*”. (FERREIRA FILHO, 2008, p. 288).

Do ponto de vista histórico, o movimento constitucionalista concebido tradicionalmente por Canotilho como “**a teoria (ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade**” (GOMES CANUTILHO, XX, p.288) tem seu ciclo de desenvolvimento pautado no combate ao abuso do poder político soberano desde a Idade Média (constitucionalismo antigo), com a *Magna Charta Libertatum*, de 1215,

---

<sup>4</sup> Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.



perpassando à *Petition of Rights*, de 1628, ao *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, até agora.

Não obstante, as conquistas substanciais e definitivas que chancelaram o movimento ocorreram com a promulgação da Declaração Americana do Estado da Virgínia, em 1776, e com a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (BASTOS, 2010).

Em forte oposição à opressão absolutista dos séculos XVIII e XIX, as declarações de direitos centraram suas atenções primordialmente nas liberdades individuais de não ingerência – **liberdades-limites**, a exemplo da liberdade pessoal e do direito de propriedade; e nos direitos de resistência e oposição ao Estado – **liberdade-oposição**, a como a liberdade de reunião e manifestação (FERREIRA FILHO, 2008).

A projeção das liberdades individuais teve seu apogeu até o início do século XX. O liberalismo econômico já não conseguia conferir isonomia de oportunidades aos cidadãos. A apropriação coletiva dos meios de trabalho e a gestão coletiva da economia propagados pelo capitalismo cresciam na mesma velocidade quanto às vítimas que fazia.

Os problemas que surgiram já não eram mais vistos sob a ótica do indivíduo em si, senão socialmente considerado.

Conforme Canotilho, “**o princípio é não apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social**”. (GOMES CANOTILHO, XX, p. 430).

A necessidade de um novo modelo de Estado foi incorporada pela Constituição Mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, em 1919, pioneiras na previsão de direitos econômicos, sociais e culturais, colocados no mesmo patamar dos já consagrados direitos individuais.

Os avanços conquistados nos campos da liberdade e igualdade não foram suficientes para evitar a crise econômica que se propagava no continente europeu como efeito colateral da 1ª (primeira) Guerra Mundial.

As atrocidades cometidas no período nazista na Alemanha, que se seguiu com a 2ª (segunda) Guerra Mundial, finda em 1945, fizeram com que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovasse, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração

Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 1º prevê que: **“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”**.

Inspirada no valor fraterno que deve nortear as relações entre os seres humanos, sem o qual não se tornam efetivos os direitos de liberdade e igualdade, a Constituição Federal traçou como objetivo fundamental da República Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I).

Ao interpretar o dispositivo, Sarmiento conclui que:

Na verdade, a solidariedade [aqui também é possível referir-se à fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um lócus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais (SARMENTO, 2006, p. 295).

Nesta linha de raciocínio, os direitos fundamentais de caráter universal, fundados nos valores da fraternidade e solidariedade, não passíveis, portanto, de fragmentação individual, correspondem aos denominados Direitos Difusos, a exemplo da preservação do meio ambiente e proteção do consumidor.

É nesta ótica que o capítulo da Lei Maior intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” deve ser concebido, “em sentido lato, ou seja, mais abrangente, a expressão “interesses coletivos” refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nessa acepção larga é que a Constituição se referiu a direitos coletivos, em seu Título II” (MAZZILLI, 2013).

De nada valeria a previsão de direitos fundamentais, compreendidos, frise-se, os de natureza individual, coletivos *stricto sensu* e difusos, se não fossem previstos mecanismos de garantia de sua eficácia e tutela contra os atos tendentes a violá-los.

Entre os instrumentos constitucionais previstos, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular, tem relevo para o desenvolvimento deste trabalho o mandado de segurança em sua feição coletiva, inexistente antes da Constituição Federal de 1988.

### 3. SÍNTESE HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Sabe-se que o mandado de segurança individual é uma ação constitucional, com a alcunha de remédio constitucional, conforme previsão no art. 5.º, LXIX, da atual Carta Magna, voltado para amparar “*direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data*”, contra atos de agentes públicos ou privados no exercício da função pública.

Apesar dessa breve síntese sobre o remédio heroico, o mesmo perpassa por uma série de tratamentos normativos distintos na história pátria, conforme sintetiza Andrade (2017), isto é, desde a sua primeira constitucionalização no Texto Magno de 1934, sendo posteriormente regulamentado por lei infraconstitucional (Lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936), passou despercebido na Constituição de 1937, haja vista o espírito do Estado Novo, mas continuava com sua previsão legal remanescente, até nova edição no Código de Processo Civil de 1939, como espécie de “processo especial”. Fora revigorado à força constitucional em 1946, merecendo legislação própria, a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, perdurando até a edição de lei recente, a Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, Lei do Mandado de Segurança (LMS), o que não significa sua ausência constitucional, pois foi previsto no art. 150, § 21, da Constituição de 1967.

Até a presente ordem constitucional o *writ* (referência da doutrina e jurisprudência por se assemelhar com alguns aspectos *writs* estadunidenses) guardava estrita afinidade apenas para defesa de direitos subjetivos individuais, sendo que a vida dinâmica na sociedade provocará certamente lesões a direitos e indivíduos múltiplos, sendo que um país desacreditado pela “*década perdida*” (ABREU, 2014) impossibilita os mais carentes de recursos econômicos de requerer a tutela jurisdicional. Não indiferente à problemática, o legislador constituinte originário de 1988, em seu art. 5.º, LXX, acrescenta outra modalidade de *mandamus*, o coletivo.

Toda essa digressão histórica tem um objetivo claro, qual seja, compreender ao “mandado de segurança coletivo” como destinatário à tutela coletiva de direitos, portanto seu objeto transcende a individualidade, nem por isso significa tutela de direitos coletivos *lato sensu*, conforme se observa da relação estabelecida entre os dois dispositivos constitucionais sobre o mandado de segurança, sendo o inciso LXIX, como regra base e o

posterior regra especial para a modalidade coletiva:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O compasso legislativo com os ditames constitucionais é claro, segundo a própria lei que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Conquanto elogiável a disciplina da matéria mais de 20 (vinte) anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, critica-se a timidez voluntária do legislador, primeiro intérprete das normas constitucionais, quanto ao alcance da norma.

A *mens legis* extraída da interpretação gramatical ou literal do texto é clara: não cabe a impetração de mandado de segurança coletivo na defesa de direitos difusos, concebidos como os “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”, nos termos do artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

O exemplo clássico repousa sob o auspício constitucional do art. 225, em que “todos têm direito ao meio ambiente limpo e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à

sadia qualidade de vida”.

À guisa de exemplo, pode-se citar o caso de uma empresa que obtém licença ambiental para o derramamento de óleo em águas de jurisdição nacional em clara afronta a proibição do artigo 17 da Lei 9.966/2000.

Ciente desta grave situação, poderia um partido político impetrar mandado de segurança coletivo em prol do interesse difuso de toda comunidade na preservação ambiental?

Cabe ressaltar que anteriormente à legislação infraconstitucional o Supremo Tribunal Federal havia se pronunciado favoravelmente a utilização do remédio heroico em prol de direitos difusos pelas agremiações partidárias no Recurso Extraordinário n.196.184.

Neste contexto, questiona-se a compatibilidade da restrição implementada pela Lei 12.016/2009 com o fundamento constitucional que lhe dá origem, imprescindível a análise da norma a luz do sistema jurídico que se insere e que lhe dá sentido.

#### **4. A ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

A nova sistemática do Código de Processo Civil – CPC, Lei Federal n.º 13.105/2015, no cerne do art. 17, que dispensou a categoria das condições da ação, para em âmbito exclusivo dos **pressupostos processuais** (DIDIER JR., 2017), promovendo significativa racionalidade ao instituto, pois agora abrange sinteticamente todos os requisitos de admissibilidade do processo civil, quais sejam: **legitimidade *ad causam* e o interesse de agir**.

É justamente nas entrelinhas dos pressupostos processuais, aliada às nuances da LMS, é possível compreender a extensão de defesa dos direitos coletivos transindividuais por meio do mandado de segurança coletivo, sob o cabedal dos partidos políticos, imprimindo cada vez mais a efetividade de um Estado Democrático de Direito.

##### **4.1 O INTERESSE DE AGIR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

Como qualquer ação o mandado de segurança deve estar adstrito a condições mínimas, para dar início, continuidade, regularidade e validade do processo, chamadas **pressupostos processuais**, previstos no art. 17, do código de ritos civis, que se constituem:

interesse e legitimidade.

Seguindo uma construção lógica e gradativa de pensamento, parte-se para observações a respeito do interesse, comumente alcinado de *interesse de agir*, sempre examinado em duas dimensões, a **necessidade** e a **utilidade** da tutela jurisdicional. O primeiro ponto diz respeito ao fato de que apenas a prestação jurisdicional poderá dar solução ao conflito, que não existem meios alternativos, sendo o processo a forma derradeira de socorrer o bem da vida. Já, o segundo, que o processo é o meio hábil para que o requerente consiga a sua pretensão. Nesse sentido, “o interesse processual nasce da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual” (WAMBIER, 2016, p. 221).

No que se refere ao mandado de segurança, individual ou coletivo, podemos relacionar pontos coincidentes quanto aos pressupostos, nos termos do arts. 5º, LXIX, da CRFB, replicado no art. 1º, *caput*, da LMS:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação, ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Depreende-se que é cabível, com os mesmos pressupostos, quando presentes:

a) **ato de autoridade** - o ato administrativo de conteúdo decisório de atribuição da autoridade pública (desde que a lei atribua esse poder). O § 1º, da lei em comento, assevera que se equiparam a autoridade pública os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público;

b) **ilegalidade ou abuso de poder** – a ilegalidade está no conteúdo contrário à lei, abusivo quando o seu exercício denota anormalidade, como o desvio de finalidade ou desproporcionalidade;

c) **lesão ou ameaça de lesão** - é imperioso que o direito a ser respaldado tenha de fato sido violado, caracterizando-se como mandado de segurança repressivo, ou haver propensão de sê-lo (*fumus boni juris*), sendo a modalidade preventiva;

d) **direito líquido e certo** – significa não haver controvérsia quanto ao direito que cabe ao paciente, além disso, é plenamente capaz de ser demonstrada o atentado com prova documental suficiente, no momento da sua impetração, vez que não cabe dilação probatória;

e) **não cabimento de *habeas corpus* ou *habeas datas*** – tem viés residual, ou seja, só é admissível quando a espécie do direito a ser tutelado não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Agora, quanto à particularidade da modalidade coletiva, há de se deixar evidente que se presta apenas a socorrer direitos violados, ou na ameaça de lesão, *coletivos*. Nesse aspecto da coletividade reside em dissidências doutrinárias e jurisprudenciais, vez que o remédio heroico coletivo não se prestaria a todo tido de direito coletivo *lato sensu*.

O ponto de observação daqueles que protestam pela restrição, reside na própria redação do art. 21, da LMS, aduzindo a limitação contida no “**interesse**”, conforme o texto legal, a impetração manejada por partido político é cabível para a “**defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária**”. Portanto, **interesses** não se confundem com **direitos**, por terem naturezas diversas, bem lembra (Andrade, 2017, p. 354): “**Interesse** é qualquer pretensão em geral, é o desejo de obter determinado valor ou bem da vida, de satisfazer uma necessidade. O interesse de alguém pode encontrar, ou não, respaldo no ordenamento jurídico.

**Direito subjetivo**, por sua vez, segundo Reale, é “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”. É, portanto, a posição jurídica que o ordenamento jurídico assegura a uma pessoa, a um grupo de pessoas ou a um ente, em relação a um determinado bem e/ou pessoas”.

Considerando a subsunção legal que o mandado de segurança tem como interesse de agir a tutela de **direito líquido e certo**, não há suporte legal para sua permissão, sequer no ordenamento, para os partidos políticos, consoante os dizeres de Tavares (2009). No mais, mais flexível, poder-se-ia ventilar a possibilidade do seu manuseio aos partidos políticos, desde que a favor de “**direitos coletivos em sentido estrito**”, considerando a previsão legal, e decorrente direito material, contida no art. I e II, no art. 21, senão vejamos:

Art. 21 [...]

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Há precedente do Pretório Excelso acolhe a constitucionalidade da previsão legal:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA. FUNÇÕES EXERCIDAS DURANTE A SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DA PRESIDENTE. 1. **É, no mínimo, discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo impetrado por partido político para a tutela de direitos difusos.** [...] 4. É o relatório. Decido. 5. A impetração invoca o princípio da segurança jurídica com vistas à manutenção das políticas de governo durante o prazo de eventual suspensão temporária da Presidente da República, o que seria viabilizado com a permanência dos atuais Ministros de Estado em seus postos. Trata-se, segundo a ótica da inicial, de proteger “a confiança da sociedade nos atos, procedimentos e condutas proferidas pelo Estado. Assim, cuida-se de alegado direito difuso, por ser transindividual, de natureza indivisível, titularizado por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Lei n.º 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, I). 6. **É no mínimo discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos difusos. Isso porque o art. 21 da Lei n.º 12.016/2009, em concretização razoável do art. 5.º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos.** [...] 7. É certo que o art. 5.º, LXX, da Constituição não limita a legitimidade dos partidos políticos, para fins de impetração de mandado de segurança coletivo, à tutela de interesses ou direitos de seus filiados. Não há, todavia, impedimento constitucional a que a lei condicione o exercício desse direito de ação, impondo-lhe restrições. A disciplina legal do exercício de direitos fundamentais é, aliás, a regra quando se trata de direitos de natureza processual. 8. **A Lei n.º 12.016/2009 parece ter adotado limites razoáveis, compatíveis com a Constituição, para o cabimento de mandado de segurança coletivo. A restrição dessa modalidade de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos evita que o mandado de segurança seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares, as quais poderiam ser facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira e atreladas às finalidades de qualquer agremiação política.** [...] 21. Diante do exposto, com base no art. 10 da Lei n.º 12.016/2009 e no art. 21, § 1.º, do RI/STF, nego seguimento ao mandado de segurança, prejudicado o pedido liminar. Publique-se. Brasília, 11 de maio de 2016 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, Relator. (STF - MS: 34196 DF - DISTRITO FEDERAL 4000510-94.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/05/2016, Data de Publicação: DJe-098 16/05/2016).



*Data vênia*, confabular com tais entendimentos é ignorar a sistemática constitucional, já que os ditos **interesses** são, na verdade, direitos, haja vista o contexto histórico da terceira geração de Direitos Humanos, da fraternidade, calcada na difusão de direitos e sujeitos. Além disso, se essa não fosse a vontade do legislador constituinte, não teria previsto no próprio Texto Magno, a tutela jurisdicional de **interesses**, de acordo com Zavascki (2017, p.49-52):

A consagração dos interesses sociais como categoria jurídica suscetíveis de tutela jurisdicional autônoma e independente decorre da própria Constituição Federal, nomeadamente do seu art. 127, que, tratando do Ministério Público, lhe atribui a incumbência de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. [...]

Não é possível, como todos reconhecem, determinar, no plano teórico, o alcance objetivo dessa expressão normativa, por sua formulação à base de um conceito jurídico extremamente aberto. Mas isso é inerente e natural às normas dessa natureza. A utilização da técnica legislativa de cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado tem justamente a finalidade de delegar ao juiz a tarefa de estabelecer o seu sentido em face do caso concreto.

[...] Dessa forma o problema é muito mais agudo para o doutrinador, na sua tentativa de traçar teoricamente os domínios objetivos da norma, do que par ao juiz, que atua à vista da experiência de fato.

[...] Assim, compreendidos esses interesses é que se pode dar um passo adiante: tratando-se de **interesses tutelados juridicamente**, aptos inclusive a serem defendidos em juízo, eles, na verdade, se revestem da condição de **genuínos direitos**. E, por se tratar de direitos que não pertencem exclusivamente a um patrimônio jurídico determinado, mas ao da sociedade em seu todo, é apropriado incluí-los na categoria de direitos transindividuais (coletivos em sentido amplo).

A lição acima demonstra que a celeuma, em reconhecer a extensão debatida, parte de exemplos cristalinos na própria Constituição<sup>5</sup>, além da própria dificuldade dos estudiosos de compreender a experiência sensível do direito a ser discutido, algo que apenas o magistrado experimentará, até mesmo, censurar o manuseio do remédio coletivo pelos partidos, significa afronta à disposição no art. 5.º, XXXV, que **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**.

Outro pilar da corrente restritiva refere-se à incompatibilidade entre a tutela de um direito líquido e certo com a fluidez e indeterminabilidade dos direitos difusos.

Aqueles que comungam com o entendimento de Theodoro Junior (2009) e Greco Filho (1989) entendem que as circunstâncias de fato de que derivam os direitos difusos, sem

---

<sup>5</sup>Outros exemplos da acepção de interesses, na perspectiva social, como direitos e passíveis de proteção jurisdicional, estão no art. 129, III, da CRFB, e art. 81, do Código de Defesa do Consumidor.

que haja a formação de uma relação jurídica com sujeitos determinados, não são passíveis de serem materializadas em prova pré-constituída do direito líquido e certo de seus titulares.

O entendimento, no entanto, não condiz com a noção de **direito líquido e certo**, requisito de ordem eminentemente processual, previsto em lei, imprescindível ao ajuizamento do mandado de segurança. Trata-se, pois, de verdadeira condição da ação (FERREIRA; GAJARDONI; SILVA, 2009), consistente na prova pré-constituída de fatos incontroversos acerca da situação jurídica que se pretende tutelar.

A partir deste esclarecimento, havendo prova inequívoca e pré-constituída de um ato capaz de ferir certo direito difuso, *verbia gratia*, o equilíbrio do meio ambiente, resta cristalina a possibilidade de ser tutelado pela via do mandado de segurança coletivo.

Nesta esteira, a indeterminabilidade dos sujeitos do direito difuso não se legitima como óbice ao conhecimento e julgamento do mérito do mandado de segurança, uma vez existente prova suficiente da ilegalidade ou abuso de poder.

Pesa em favor da corrente ampliativa, ainda, o fato do instrumento do mandado de segurança coletivo integrar o microsistema processual coletivo, ao lado Código de Defesa do Consumidor, das Leis de Ação Popular e Ação Civil Pública, e de outras normas que versam sobre direitos transindividuais, cujas regras e princípios se interpenetram e subsidiam.

Neste diapasão, com fundamento no princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV da Constituição Federal), reafirmado pelo princípio da máxima amplitude ou da atipicidade da tutela jurisdicional coletiva, extraído da combinação do artigo 83 do CDC<sup>6</sup>, com o artigo 21 da Lei 7.347/85<sup>7</sup>, são admissíveis todas as espécies de ação para a efetiva proteção dos direitos difusos e coletivos, inclusive o mandado de segurança coletivo.

#### 4.2 A ESPECÍFICA LEGITIMIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA A DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

<sup>6</sup> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

<sup>7</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).

Antes de se esmiuçar os detalhes sobre a legitimidade *ad accusam*, é preciso compreendê-la em linhas gerais, conforme demonstra o art. 17, do CPC, que **“para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”**, isso significa, nos dizeres de (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 134). A legitimidade pressupõe que a parte é titular do direito material, alçado à relação processo por meio do direito de ação. A seguir, o art. 18, assevera que **“ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”**.

Esse último aspecto legal processual é primordial para que se estabeleça diferenciação terminológica de **“representação e substituição processual”**, pois se debate a questão de legitimidade, afeta a ambas terminologias, sendo que a **representação** atua em nome próprio na defesa de interesse e direito próprio, no mais, assistido por defesa técnica, o que é mormente denominado de **legitimação ordinária**. Caso seja detectada a ausência de legitimidade, ativa ou passiva, por questão de ordem pública, poderá ser arguida e reconhecida a qualquer tempo, com extinção do feito sem resolução do mérito, conforme art. 485, VI, do CPC.

Já na **substituição processual**, o substituto atua em nome próprio na defesa de interesse do substituído, direito alheio, a essa questão se denomina **legitimidade extraordinária** e opera-se exclusivamente em razão de previsão legal, quando se fala em ações coletivas *lato sensu*. Outro efeito decorrente dessa diferenciação está no fato de que a sentença pronunciada em sede de ação coletiva, demandada por legitimidade extraordinária, tem efeitos além daquele que está diretamente em juízo, o que não ocorre na representação, bem como, uma sentença de improcedência não afeta a tentativa de posteriores pretensões individuais.

Situação que os tribunais insistem em pautar sua análise, à questão, partindo unicamente de um viés positivista, do texto legal, sem que haja a ponderação com o direito material a ser discutido, afinal, a legitimidade é atribuída baseando-se no pressuposto da relação do sujeito com o objeto litigioso do processo. Didier e Zanetti (2017, p. 397) advertem sobre essa problemática:

Para que se saiba se a parte é legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do

processo, situação concreta deduzida pela demanda. Não se pode examinar a legitimidade, *a priori*, independente da situação concreta submetida ao Judiciário. Não existe parte **em tese** legítima: a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário.

Então, é veemente a necessidade de correlacionar a razão de ser dos partidos políticos com o direito a ser socorrido via segurança coletiva. Desde já, ultrapassando as perspectivas de Ciência Política<sup>8</sup>, parte-se para a definição legal do que se entende por **partidos políticos**, nos termos da Lei Federal n.º 9.069/95 – Lei dos partidos políticos, **é pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar o regime democrático, o sistema representativo e defesa dos direitos fundamentais na Constituição Federal**. O requisito formal para sua existência, personalidade jurídica, é o registro em cartório de registro civil das pessoas jurídicas, no Distrito Federal, e conseqüente submissão dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, nos termos do art. 17, § 2.º, da CRFB.

Depreende-se que essas agremiações políticas nascem de esforços conjuntos de pessoas, que acreditam numa determinada predileção ideológica (ligados por uma relação jurídica), estendendo-se para além dos do corpo político próprio, alcançando demais indivíduos propensos (eleitores) a dar crédito à experiência política em discurso (agregados por circunstância de fato e indetermináveis).

Mesmo diante da dimensão de atuação dos partidos no regime democrático, existe divergência notória na jurisprudência e, em parte, da doutrina quanto ao cabimento da sua legitimidade na manipulação do mandado de segurança coletivo, sendo a principal bandeira sustentada a falta de previsão expressa no art. 5.º, LXX, “a”, da CRFB, atrelada à segunda parte do *caput*, do art. 21, da LMS, **“na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”**. Ou seja, pelo fato do silêncio constitucional era uníssono o posicionamento de ampla legitimação à questão, não obstante, à nova lei, conforme citado acima, a redação passou a atribuir caráter restritivo à legitimação. A

---

<sup>8</sup> Para José Afonso da Silva (2017, p. 397), numa concepção estritamente política, os partidos políticos podem ser compreendidos como **“agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. No dizer de Pietro Virga: ‘são associações de pessoas com uma ideologia ou interesses comuns, que, mediante uma organização estável (Partei-Apparati), miram exercer influência sobre a determinação da orientação política do país’**”.

situação passou à chancela dos estudiosos e tribunais, passando a exigir *pertinência temática*, consoante Ferreira et al. (2009, p. 6):

[...] Ainda que sem restringir o alcance do cabimento do mandado de segurança coletivo impetrado por partidos políticos na defesa dos interesses de seus membros, o STJ passou a perfilar a tese de que a impetração por partido político tem que guardar correspondência com os valores que devam ser tutelados por eles, tudo conforme o *caput* do art. 17 da Constituição Federal, e art. 1.º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995).

Consequentemente, os partidos políticos só podiam impetrar mandado de segurança coletivo, conforme entendimento jurisprudencial até então dominante, em temas relacionados aos direitos e garantias fundamentais e sistema representativo de governo, assuntos intimamente relacionados aos valores para os quais foram criadas as agremiações políticas.

Significa para essa corrente que os partidos políticos estão sujeitos as restrições de legitimidade, por ora, somente podendo demandar em situações de tutela dos direitos individuais dos seus filiados, **direitos individuais homogêneos**, ou, no mais, versasse a respeito da finalidade partidária, **direitos coletivos stricto sensu**. Portanto, incabível a concepção difusa à questão da sua legitimidade. Assim, estariam os tribunais confrontando o direito factual ao reclamante, sua capacidade e legitimidade.

Ainda, sob a perspectiva de hermenêutica, alguns militam que a redação do inciso LXX, do art. 5.º, apresenta deficiência técnica, vez que a perspectiva original era de atribuir as limitações contidas na alínea “b”, também a anterior, partidos políticos, mas teriam resolvido arrematá-la ao final, de maneira tal que se compreende os dois sujeitos em questão.

Veio ela no art. 5.º LXXI:

Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, por: a) partido político com representação no congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.

A rigor, essa redação correspondia à que foi aprovada no projeto da sistematização. Houve, porém, reação ao enquadramento dos partidos políticos nesses limites de

legitimação, de onde, em negociação de lideranças, transpor-se àquela cláusula para o final da alínea *b*, vinculada apenas a entidades ali referidas. (AGLANTZAKIS; DEZORZI, 2008).

Apesar do fomento ao debate, não nos parece essa via ser a mais escorreita, ainda mais quando se fala num Estado Democrático de Direito. Portanto, podem-se arguir duas vias para contradizer a colocação restritiva. Primeiro, que não poderia a redação constitucional tratar de legitimidade *ad causam* na perspectiva adjetiva, isto é, processual, portanto, não há como balizar-se exclusivamente nesse ponto, até mesmo porque são disposições gerais, posteriormente regulamentadas por lei, em específico. Além disso, para dar maior efetividade e validade das disposições legais, deve o julgador receber a contenda, para que confronte então a disposição legal com o direito material, conforme a doutrina (DIDIER JR.; ZANETI JR, 2017).

Assim, o texto constitucional não cuida, nem poderia cuidar, de *legitimidade ad causam* para o mandado de segurança coletivo. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo será aferida a partir da situação litigiosa nele afirmada, ou seja, *ope judicis*.

A norma constitucional, na verdade, atribui **capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe** para valer-se do procedimento do mandado de segurança (*ope legis*).

Sob outro ponto, a finalidade da natureza jurídica do partido político é mais abrangente que os demais legitimados. E aqui se emprega o real sentido da expressão legal “**finalidade partidária**”, dado que se tratam de organização constituída para dar “autenticidade representativa” (diversos segmentos da sociedade), imprimido dessa maneira o “regime democrático” e zelando pela “defesa dos direitos fundamentais”, conforme os termos já descritos no art. 1.º, da Lei dos Partidos Políticos. Logo, sua atuação vai muito além dos interesses reclusos de um grupo específico, priorizando a vontade popular por meio das eleições, sufrágio universal.

Deve-se compreender que os partidos são um conceito maior de um ideal democrático, que se manifesta no mundo real por meio das atividades dos seus correligionários, que concretizadas alcançaram a esfera de direitos além dos filiados, toda a sociedade. Essa concepção é categorizada na doutrina (ZAVASCKI, 2017, p. 202):

Por conseguinte, os filiados do partido, são na verdade, instrumentos das atividades e das bandeiras partidárias, e não, necessariamente ou primordialmente, os destinatários delas. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados. E é bem compreensível, e bem adequada à natureza dos partidos políticos, a sua legitimação para impetrar segurança coletiva, mesmo em defesa de direitos de não filiados.

Assim, guiado pelo espírito democrático, não há razões para proselitismos em sentido oposto, a lei do mandado de segurança (art. 21, *caput*) abrange todas as esferas dos direitos coletivos, pois quando trata de **interesses relativos aos seus filiados**, quer dizer em direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, e ao expor sobre os “**interesses à finalidade partidária**”, trata justamente do que imediatamente exposto, isto é, direitos difusos.

Conforme já exposto, a redação constitucional quando não traz outra peculiaridade aos partidos políticos, em seu art. 5.º, LXX, “a”, deve ser assim respeitada, não pode o legislador, muito menos o seu intérprete, atribuir-lhe equivocadamente empecilhos que o próprio texto não concebeu, a intenção, sob um viés **programático**, era ver mais um mecanismo engendrado na potencialidade de dar garantia e efetividade constitucional, conforme aduz o próprio art. 3º, da CRFB.

Sob o viés da correta acepção constitucional, à particularidade da questão, parece claro que a norma supra pretendeu conferir aos partidos políticos ampla legitimidade objetiva e subjetiva, isto é, para a defesa de todas as categorias de interesses e direitos, de natureza eleitoral, ou não, mesmo que transcendentais aos seus filiados (ALVIM, 2010).

A linha ampliativa foi recentemente sufragada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado Segurança 34071, em que Partidos Políticos questionavam a nomeação de Luíz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil, sob a alegação de que o ato violava a separação de poderes e princípios da Administração Pública, interesses de natureza difusa.

Em sede liminar monocrática, a noção de que as agremiações representam interesses da sociedade orientou a conclusão de que:

A concretização do dispositivo constitucional que prevê a legitimidade do uso do mandado de segurança coletivo por partido político ainda é uma obra em

andamento. Os limites do art. 21 da Lei 12.016/09 servem como indicativo, mas certamente não como limite das hipóteses de cabimento da ação. Tratando-se de garantia constitucional, não poderia o legislador restringir seus contornos para além de seu significado.<sup>9</sup>

Concordamos com tal posição adotada, já que a Lei não poderia restringir o remédio constitucional, limitando a legitimidade dos partidos políticos, não havendo limitação temática nenhuma à impetração (FIGUEREDO, 1991)<sup>10</sup>, mas apenas no tocante à necessidade de ter ao menos um representante no Congresso Nacional (Câmara ou Senado) (CARVALHO, 1993; BUENO, 2011). Ademais, os partidos são verdadeiros defensores do ordenamento constitucional (GRINOVER, 1989; SUNDFELD, 1990) (art. 103, VIII, da Constituição Federal), inclusive com possibilidade de ingressar com mandado de segurança para a observância do devido processo legislativo.<sup>11</sup>

Em poucas palavras, a limitação da legitimidade dos partidos políticos na Lei do Mandado de Segurança afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal), motivo pelo qual deve ser declarada a inconstitucionalidade da previsão legal (GOMES, 2009). No mesmo sentido na doutrina são as lições de Ada Pellegrini Grinover (2011), Antonio Herman Benjamin (2010), Gregório Assagra de Almeida, Lúcia Valle Figueiredo (2011) e Hermes Zaneti Júnior (2013).

No âmbito legislativo, o Projeto de Lei n. 4807/2016, de autoria do Deputado Gilberto Nascimento (PCS-SP), propõe a alteração do artigo 21 da Lei do Mandado de

---

<sup>9</sup> Convém esclarecer que esta ação foi extinta, por perda do objeto. MS 34071-Processo Eletrônico Público-Número Único: 0051795-97.2016.1.00.0000 -Mandado De Segurança-Origem: DF - Distrito Federal-Relator: Min. Gilmar Mendes-Relator do último incidente: Min. Gilmar Mendes (MS-ED-AgR-ED-ED) Apenso Principal: MS34070. Texto disponibilizado na íntegra no site: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=34071&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

<sup>10</sup> Em interessante estudo sobre o tema, bem aponta que a legitimidade ampla e irrestrita do partido político para a impetração coletiva é sustentada por um argumento histórico. De acordo com ele, durante os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1988, o art. 5.º, LXX, da CF foi desmembrado em duas alíneas (“a” e “b”) exatamente para estabelecer, de modo claro, que a limitação temática se aplicaria exclusivamente aos sindicatos, entidades de classe e associações (“b”), nunca aos partidos políticos (“a”).

<sup>11</sup> Atualmente, a jurisprudência do Tribunal está pacificada no sentido de que “o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” (MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.8.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003).



Segurança, para nele incluir como objeto de defesa os direitos difusos, sob a seguinte justificativa:

Nota-se que a natureza jurídica dos partidos políticos, das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações legalmente constituídas é justamente a tutela coletiva de direitos, por esta razão, nada mais justo do que guardam em si a temática relativa aos direitos difusos em sua forma mais ampla possível. O conceito de direitos difusos ou metaindividuais é resultado da evolução das gerações de direito e abordam aspectos relativos à coletividade ou ao direito de solidariedade, a realidade é que tais direitos transcendem a individualidade e passam a permear a seara na coletividade, conferir legalmente a capacidade postulatória aos agentes que se pretende permitirá que a tutela de tais direitos seja efetivada, e por esta razão o presente projeto permite que se regulamente expressamente a capacidade da titularidade desses segmentos da sociedade civil organizada como agente postulatório. O aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito deve ser premissa de todos os cidadãos brasileiros. Os partidos políticos, as entidades de classe, e as associações legalmente constituídas compõem efetivamente a sociedade civil organizada, por isso nada mais justo e plausível que sejam titulares da proteção e postulação dos direitos difusos ou metaindividuais.<sup>12</sup>

A proposta de reação legislativa em destaque, se aprovada, retificará um erro que perdura há mais de uma década, em claro benefício da defesa da coletividade por seus legítimos representantes. Na expressão popular “antes tarde do que nunca”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, com arrimo na regra de hermenêutica “*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, se a Constituição Federal não restringiu a impetração do mandado de segurança coletivo na tutela de direitos difusos, não caberia ao legislador, seu intérprete primeiro, restringi-la.

O mandado de segurança coletivo está previsto no inciso LXX do artigo 5.º da Magna Carta como remédio constitucional para garantir direitos fundamentais de toda coletividade ameaçados em face de atos ilegais ou com abuso de poder pelo Estado, cabendo ao intérprete fazer com que atinja sua plena realização.

---

<sup>12</sup> Projeto de Lei PL 4807/2016 - Altera a Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Possibilita que os partidos políticos, as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações impetrem mandado de segurança coletivo para defesa de direitos difusos. Íntegra disponível no site da Câmara: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080268>.

Assim, vedar-se a legitimidade aos partidos políticos para a tutela coletiva via mandado de segurança atenta contra os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, reduzindo-lhes a esfera de proteção constitucional.

A defesa dos interesses gerais da nação é da própria essência dos partidos políticos, não havendo, conforme restou demonstrado, óbice de índole processual que torne indevida sua atuação na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

Seja sob a perspectiva objetiva, isto é, referente aos interesses e direitos passíveis de tutela pelo *mandamus* coletivo, seja sob a subjetiva, atinente aos sujeitos substituídos pelos partidos políticos, inexistente restrição estabelecida pela norma constitucional aos partidos políticos, resguardados os valores estampados no artigo 17 da Constituição Federal de 1988.

Padece de vício de inconstitucionalidade material, portanto, a norma do artigo 21 da Lei 12.016 de 2009, seja porque a violação a interesses transindividuais pode ser comprovada independente de dilação probatória, seja porque as agremiações partidárias detêm representação dos interesses da sociedade no processo político do Estado de Direito, razão pela qual é indevida a delimitação de sua atuação aos interesses de seus integrantes.

## 6. REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelo de Paiva *et al.* **A ordem do progresso: dois séculos de política econômica no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. Dezorzi, Felipe Legitimidade dos partidos políticos para impetração de mandado de segurança coletivo. **Portal da Escola de Governo da Universidade Federal de Santa Catarina**. Curitiba, out. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/buscalegis> Acesso em: 28 abr. 2018.

ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09. **Revista Jurídica**, v. 58, n. 392, jun. 2010 - PGE/ES. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20392%20-%20Doutrina%20Civil.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ANDRADE, Adriano. *et. al.* **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 7. ed. Método: São Paulo, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 21. ed. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos tribunais**, v. 895/2010, p. 9-58, maio/2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores. 17. ed. 2010

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei n.7.374 de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei n.8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Lei n.9.096 de 19 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os partidos políticos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm). Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.196.184**. Tribunal Pleno. Voto da Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, Publicado em 27/10/2004. Bol.Inf. do STF n.º. 372. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2965221/recurso-extraordinario-re-196184-am>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei PL 4807/2016 - Altera a Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009** que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080268>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 34071-Processo Eletrônico Público-Número Único: 0051795-97.2016.1.00.0000 -Mandado De Segurança-Origem: Df - Distrito Federal-**

Relator: Min. Gilmar Mendes-Relator Do Último Incidente: Min. Gilmar Mendes (Ms-Ed-Agr-Ed-Ed) Apenso Principal: Ms34070. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocessoandamento.asp?numero=34071&classe=ms&origem=ap&recurso=0&tipojulgamento=m>. Acesso em 27 nov. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: art. 5º, LXX, da CF/1988. In: **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, v. 9, p. 345-376, out./2011.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAREZI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Forense, 2009.

FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. **Comentários à nova lei de mando de segurança**. São Paulo: Método, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 34. ed. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos políticos e mandado de segurança coletivo. In: **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, vol. 9, p. 247, out./2011.

FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra – Portugal: Editora Almedina. 7. ed. 2003.

GOMES JR., Luiz Manoel *et al.* **Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: RT, 2009. p. 178 e 191.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 32, p. 11-26, dez. 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, v. 9, out./2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Mandado de Segurança segunda a lei 12.016, de 07 de Agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Ordem dos Advogados do Brasil – mandado de segurança – legitimidade para impetração em favor de seus filiados. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 23, n. 95, p. 79-88, jul./set. 1990.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **O “novo” mandado de segurança coletivo**. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

*Data da submissão: 17.11.2020*

*Data da primeira avaliação: 13/12/2020*

*Data da segunda avaliação: 04/09/2021*

*Data da aprovação: 13/10/2021*

**INCORPORACIÓN DE LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LAS  
CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA: ¿AMPLIANDO LA  
DEMOCRACIA DIRECTA O REFORZANDO EL PRESIDENCIALISMO?  
*INCORPORATION OF THE RECALL IN THE CONSTITUTIONS OF LATIN  
AMERICA: EXPANDING DIRECT DEMOCRACY OR REINFORCING  
PRESIDENTIALISM?***

**María Laura Eberhardt<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Desde los años 80, y en un contexto de crisis de la representación, varias constituciones latinoamericanas adoptaron instrumentos participativos a fin de oxigenar las desgastadas instituciones de la democracia indirecta y acercar la toma de decisiones a los ciudadanos. Entre ellos destaca la revocatoria de mandato, en tanto habilita la destitución anticipada de los gobernantes a través del voto ciudadano. La incorporación constitucional de este mecanismo pone a la soberanía popular por encima de los representantes. Sin embargo, dicho avance participativo y democrático encubre, muchas veces, una estrategia política opuesta, destinada a aumentar y reforzar la concentración de facultades en el Ejecutivo. Este artículo analiza el proceso de incorporación de la revocatoria de mandato en las constituciones de Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú en el periodo 1993-2009 a fin de poner de manifiesto su real función e impacto participativo en el contexto de las reformas de las que formaron parte.

**Palavras-chave:** Constituciones latinoamericanas; Crisis de la representación; Hiperpresidencialismo; Mecanismos de participación y control ciudadano; Revocatoria de mandato

**ABSTRACT:** Since the 1980s, and in a context of crisis of representation, several Latin American constitutions adopted participatory instruments in order to oxygenate the worn out institutions of indirect democracy and bring decision-making closer to citizens. Among them, the revocation of the mandate stands out, as it enables the early dismissal of the rulers through the citizen vote. The constitutional incorporation of this mechanism puts popular sovereignty above the representatives. However, this participatory and democratic advance conceals an opposite political strategy, aimed at increasing and reinforcing the concentration of powers in the Executive. This article analyzes the process of incorporation of the revocation of mandate in the constitutions of Venezuela, Bolivia, Ecuador and Peru in the period 1993-2009, in order to show its real role and participatory impact in the context of the reforms of which they were part.

---

<sup>1</sup> Doctora en Ciencia Política (UNSAM), Doctora por la Facultad de Derecho (UBA), Posdoctora por la Facultad de Derecho (UBA), Magíster en Ciencia Política y Sociología (FLACSO), Licenciada en Ciencia Política (UBA), Investigadora del CONCET, Profesora de UBA y UNAJ. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4447-5641>. E-mail: [laura.rafaela@yahoo.com.ar](mailto:laura.rafaela@yahoo.com.ar).

**Keywords:** Latin American Constitutions; Crisis of Representation; Hyperpresidencialism; Participation and Control Mechanisms; Recall.

**Sumário:** 1. Introducción; 2. Algunos conceptos teóricos básicos; 3. Incorporación de la revocatoria de mandato en las constituciones latinoamericanas; a. Venezuela; b. Bolivia; c. Ecuador; d. Perú; 4. Consideraciones finales; 5. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

Avanzada la década de 1980, gran parte del mundo occidental atravesaba una crisis de representación o clima general de descontento popular respecto del desempeño de las instituciones democráticas y de los gobernantes (EBERHARDT, 2013, s.p.). En este contexto, los parlamentos se vieron desprestigiados como lugares donde reinaba “la politiquería y la verbosidad” (NINO, 1997, p. 237-238), con *lobbistas* operando detrás de la escena y con un funcionamiento permanentemente ineficiente y lento; al tiempo que los partidos políticos eran concebidos como meros grupos corporativos abocados a la defensa de sus intereses.

América Latina no fue ajena a esta realidad. En todos los casos (aunque en diferente grado), hubo cierta descomposición del Estado junto con la deslegitimación de los representantes (LISSIDINI, 2008, p. 127). Los partidos perdieron centralidad, cuando no han colapsado, y surgieron *outsiders* que prometieron más participación ciudadana directa a costa del Poder Legislativo (como Chávez en Venezuela y Correa en Ecuador).

Varias constituciones y legislaciones nacionales y locales fueron objeto de reformas políticas que, entre otras innovaciones, incorporaron una diversidad de mecanismos de participación y control ciudadano destinados a complementar las instituciones representativas con una intervención más directa de la ciudadanía en las decisiones públicas y en el monitoreo de los mandatarios. Dicha incorporación fue especialmente prolífica en el ámbito subnacional, donde las innovaciones en participación y el involucramiento de las entidades sociales contribuyeron a revitalizar la democracia local (BUCEK; SMITH, 2000, 3).

Entre tales mecanismos, destaca la revocatoria de mandato, cuya adopción será analizada en particular en este trabajo. Ello, debido a que se trata de un instituto de democracia directa (el voto de la gente es el que decide) que, junto con la participación ciudadana (expresar una opinión en un referéndum), también implica una alta dosis de control vertical o rendición de cuentas, ya que se emplea para separar anticipadamente del cargo a un representante electo que ha defraudado las expectativas de la población.

Su importancia, y el motivo del interés que nos suscita, se debe a que su incorporación en las constituciones nacionales puede entenderse, en principio, como indicador de una contundente apuesta a la democracia participativa, ya que mantiene a la voluntad popular soberana por encima del poder de los representantes durante la mayor parte de su período. Reinterpretando a Locke podríamos decir que la revocatoria de mandato permite al pueblo recuperar anticipadamente el poder de decisión que delegó en forma temporal en sus mandatarios para depositarlo en nuevas manos. A diferencia del voto electivo, este instrumento permite desbancar a un gobernante durante el ejercicio de su cargo, sin tener que esperar a que caduque su mandato.

En América Latina, seis países la incluyeron en sus Constituciones nacionales: Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú, Colombia y Panamá. En los tres primeros casos, la revocatoria alcanza incluso a la figura del presidente, convirtiéndose, al menos en apariencia, en una institución llamada a modificar el funcionamiento tradicional del presidencialismo (al flexibilizar el mandato fijo de los mandatarios electos).

No obstante, la adopción constitucional de la revocatoria de mandato, junto con la de otros diversos mecanismos de participación ciudadana, tuvo como base o contracara en numerosos casos un simultáneo acrecentamiento y concentración de facultades en el presidente (impulsores unilaterales de tales reformas estructurales), que pusieron en jaque la capacidad real de ejercicio de un control horizontal por parte de los poderes Legislativo, Judicial y/o federales, así como de la *accountability* vertical por parte de la población.

Es decir, que no en pocas ocasiones, la adopción constitucional de instrumentos semidirectos y/o directos como el *recall*<sup>2</sup> tuvo en realidad como función enmascarar o maquillar otras reformas de fondo orientadas a desequilibrar la estructura de poderes horizontal y vertical a favor del Ejecutivo. De este modo, al tiempo que se aumentaban los derechos potenciales de los ciudadanos a participar y controlar a sus gobernantes, se fortalecía y ampliaba el poder unipersonal del presidente, el que en adelante gozaría de una capacidad suficiente para neutralizar y/o anular todo ejercicio de tales controles y derechos.

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el proceso de incorporación constitucional de la revocatoria de mandato en Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú. Ello, en el

---

<sup>2</sup>Revocatoria de mandato en inglés.



contexto de una crisis de la representación política que dio el marco para acrecentar la participación ciudadana, así como de reformas de la estructura de poder que implicaron la ampliación y concentración de facultades en el presidente. Se busca poner en evidencia las características y ambigüedades de este proceso, que pudo implicar tanto un avance en términos participativos y democráticos (la adopción de contundentes vías de participación y control vertical como la revocatoria), como un retroceso en términos republicanos y liberales (el simultáneo acrecentamiento, concentración y desequilibrio de poderes a favor del presidente).

## 2. ALGUNOS CONCEPTOS TEÓRICOS BÁSICOS

En este trabajo se analizará el proceso de incorporación de la revocatoria de mandato en las constituciones latinoamericanas desde los años 80. El interrogante que subyace es si la adopción de este y otros mecanismos de participación y control ciudadano se realizó en el marco de una reforma tendiente a democratizar el régimen, dando un espacio real al involucramiento cívico y empoderando a la población o si, por el contrario, constituyó una especie de maquillaje o distractivo respecto de otras reformas de fondo orientadas a aumentar y concentrar las facultades en el Ejecutivo en detrimento de los otros poderes, tanto horizontales (Legislativo y Judicial) como verticales (los gobiernos subnacionales).

En el segundo caso, el desequilibrio de potestades a favor del órgano unipersonal de la presidencia es un factor que pone en riesgo el ejercicio efectivo de cualquier forma de control o *accountability* sobre éste: tanto horizontal (por los otros poderes: el Congreso, la Justicia y/o los gobiernos subnacionales) como vertical (por la ciudadanía). En tal sentido, la sobrecarga de atributos en el Ejecutivo puede invalidar, anular o neutralizar la utilización efectiva de las nuevas herramientas de democracia directa, abonando a un régimen hiperpresidencialista que pone en riesgo la vigencia de un régimen liberal republicano.

Dicho esto cabe definir brevemente los conceptos antes mencionados. Para comenzar, hemos caracterizado a la revocatoria de mandato como un “mecanismo de democracia directa”. Estos mecanismos permiten a los ciudadanos decidir sobre materias específicas directamente en las urnas. Son instrumentos de decisión política ejercidos a través del sufragio directo y universal (ALTMAN, 2005, 204). Su finalidad es hacer que los ciudadanos participen colectiva y directamente en el procedimiento de toma de decisión, más que para elegir a sus representantes, para tomar sus propias decisiones (PAYNE *et al*, 2002, s.p.)

En cuanto a la “revocatoria de mandato”, es un instituto que habilita a los ciudadanos a dejar sin efecto el mandato de aquellas personas elegidas por voto popular que han dejado de

contar con su aprobación y confianza. Somete a los funcionarios a la rendición de cuentas (CRONIN, 1989, 145). Los procedimientos varían en cierto grado, pero, a grandes rasgos, se inicia con una solicitud avalada por un porcentaje del electorado (entre el 10 y el 30%). Verificadas las firmas, la autoridad a cargo convoca a un referéndum en el cual la ciudadanía vota por sí o no a la pregunta sobre la destitución del mandatario. Cumplidos los requisitos de participación y cantidad de votos necesarios, procede la revocación y sustitución inmediata del gobernante por un suplente o vía elecciones (EBERHARDT, 2019, s.p.).

Entendemos por *accountability* al ejercicio del control (por vías institucionales o no institucionales) sobre los poderes públicos establecidos. Consiste en una rendición obligatoria de cuentas por parte de los gobernantes (SCHEDLER, 1999, s.p.). Si es solicitada por los otros poderes institucionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y/o federales), se trata de una modalidad de *accountability* horizontal (como el juicio político). Si, en cambio, es requerida por los ciudadanos (como la revocatoria de mandato), estamos frente a formas de *accountability* vertical.

Finalmente, cuando hablamos del “hiperpresidencialismo latinoamericano”, a diferencia del modelo de los EEUU (SERRAFERO, 1998, s.p.), nos referimos a la “aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente” (DUVERGER, 1970, 213). Es también llamado “régimen de preponderancia presidencial” (Lambert, 1974, 387), “que imita al de los Estados Unidos, pero con la diferencia de que el presidente cuenta aún con mayores poderes que en el modelo original” (SERRAFERO, 1998:166).

### **3. INCORPORACIÓN DE LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS**

Uno de los mecanismos participativos incorporados en la ola de reformas constitucionales iniciada a fines de los años 80 en América Latina fue la revocatoria de mandato. Como se dijo anteriormente, este instituto de democracia directa habilita a la ciudadanía (a partir de la presentación de un cierto número de firmas) a solicitar la apertura de un referéndum en el cual pueda decidir con su voto acerca de la continuidad o no de un representante electo. En América Latina, fue adoptada por las Constituciones nacionales de Ecuador (1998), Venezuela (1999), Bolivia (2009), Colombia (1991), Perú (1993) y Panamá

(2004<sup>3</sup>). En los tres primeros países, puede incluso revocarse al presidente (EBERHARDT, 2019, s.p.).

El contexto de incorporación del referéndum revocatorio en las constituciones nacionales de estos países se vio signado por graves crisis políticas, sociales y/o institucionales que motivaron la reforma. El constitucionalismo de fines de siglo en la región resultó impactado por los dos hechos históricos más significativos de la época: la crisis política y de derechos humanos derivada del paso de dictaduras y gobiernos autoritarios (años 70) y la crisis económica relacionada con la aplicación de los programas de ajuste estructural característicos de la década de 1990 (GARGARELLA, 2014, p. 269). Las nuevas constituciones surgidas en ese período fortalecieron los compromisos cívicos previos pero mantuvieron la tradicional estructura de poder vertical.

En efecto, la adopción de programas de ajuste estructural iniciada hacia fines de los años 80, a saber: “políticas monetaristas, antiestatistas, de drástica reducción del gasto público y, sobre todo, de eliminación de los programas de protección social” (GARGARELLA, 2014, p. 275), impactó sobre el constitucionalismo de varios de los países aquí analizados. Ello, debido, por un lado, a que su llegada requirió cambios legales y en las constituciones para facilitar la aplicación de las reformas, y, por el otro, a que la crisis social generada como resultado tuvo consecuencias a nivel de las Leyes Fundamentales, en función de los reclamos por el restablecimiento de una autoridad presidencial fuerte y en cuanto al nacimiento de un constitucionalismo de carácter popular y social (Ídem).

#### **a. VENEZUELA**

La primera Constitución venezolana en incorporar la revocatoria de mandato fue la de 1999. Incluida a propuesta del entrante presidente Hugo Chávez, constituyó un eje central de su primera campaña electoral (de 1998) para el Ejecutivo nacional. En dicha campaña se planteó

---

3Si bien en Panamá apareció por primera vez en la Constitución de 1972, sus requisitos eran tan inalcanzablemente altos que no cuenta a ciencia cierta como un mecanismo utilizable por la ciudadanía. Por ejemplo, la solicitud debía ser firmada por el 75% del padrón. Tamaño piso sobrepasa varias veces el rango de firmas exigido por las demás constituciones (entre el 10 y el 30% del electorado). Esta modalidad fue eliminada de la Constitución de 1983, que, en cambio, incorporó la revocatoria partidaria. Recién en 2004 se adopta una forma viable de revocatoria como mecanismo de participación y control ciudadano.

la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente que incorporara a la revocatoria de mandato (entre otros cambios de relevancia) en la nueva Ley Fundamental.

La iniciativa de adopción de este mecanismo participativo (junto con varios otros) tenía un antecedente fallido en las deliberaciones de la Comisión Bicameral de Revisión de la Constitución de 1961 (la de más larga duración en la trayectoria venezolana como nación independiente), celebradas entre los años 1989 y 1992 bajo la segunda presidencia de Carlos Andrés Pérez (Acción Democrática). No obstante, este intento fracasó al ser suspendida la segunda discusión de la reforma constitucional en la Cámara de Senadores a finales de 1992 (KORNBLITH, 2014, p. 111).

Esta primera tentativa de incorporación de mecanismos de democracia directa en la Constitución (cuya reforma no se pudo concretar en esa ocasión) “formó parte de un movimiento crítico respecto del rendimiento de la democracia venezolana que, después de más de tres décadas de funcionamiento desde su instauración en 1958, mostraba signos de agotamiento y distorsiones importantes” (KORNBLITH, 2014, p. 112). En general, se criticaba la excesiva partidización de las decisiones colectivas, el monopolio de la participación y representación sociopolítica a manos de los partidos, y el manejo de la estructura social a partir de influencias de poder que favorecían el clientelismo y la corrupción.

Ante el evidente fastidio cívico manifiesto respecto de las principales instituciones de la democracia representativa, varias de las propuestas alternativas comenzaron a evidenciar un creciente interés por introducir nuevos dispositivos democráticos. La meta entonces era oxigenar el sistema político y apuntalar cambios en un modelo que se percibía como exhausto. No obstante, a esa intención inicial “la clase política fue incapaz de darle impulso decisivo, ante sus contradicciones, la ausencia de miras, y en definitiva la preocupación ante lo que se visualizaba como una suerte de caja de Pandora, que arrastraría el temor a su desplazamiento del poder” (COMBELLAS, 1999, p. 1).

El descontento colectivo no tardaría en manifestarse ante la inercia gubernamental para satisfacer sus demandas (MARTÍNEZ OLIVEROS, 2008, s.p.). Esta combinación de crisis económicas y procesos de protesta popular derivó en la destitución, a manos del Congreso, del entonces presidente Carlos Andrés Pérez en 1993, como resultado de un proceso que le fuera iniciado por corrupción (GARGARELLA, 2014, p. 277). Este presidente había impulsado cambios profundos en la política económica y social del Estado y en su aparato, los que, fundamentados en la profundización de la democracia, estaban dirigidos primordialmente a

implantar una economía neoliberal (OCHOA ENRÍQUEZ; CHIRINOS ZÁRRAGA, 1999, s.p.).

Previo a su destitución, Pérez había sufrido dos intentos fallidos de golpe de Estado. El primero, impulsado por militares comandados por Chávez en febrero de 1992 bajo el argumento de los elevados niveles de corrupción y el deterioro de la democracia. Este intento, a diferencia de los ocurridos en los años 50 y 60, no fue rechazado por las multitudes en la calle. El segundo, fue promovido en noviembre por un movimiento nuevo liderado por Gruber Odreman, marino militar y camarada de armas de Chávez. Tales tentativas favorecieron el conocimiento de Chávez como líder carismático y abrieron el debate a favor de una Asamblea Constituyente propuesta por los insurrectos.

Tras el fracaso en términos sociales de la gestión del siguiente presidente electo, Caldera, buena parte del colectivo vio en Chávez a un líder, en un momento en el que los liderazgos y los partidos perdían toda credibilidad. Fue en rechazo a esa política tradicional de partidos y en representación de un nuevo movimiento con carácter nacionalista, que Hugo Chávez se postuló como candidato presidencial en las elecciones de 1998. Su proyecto político innovador presentaba dos ejes fundamentales: la elección de una Asamblea Constituyente y la elaboración de un nuevo texto constitucional donde se contemplará, entre otras medidas, la revocatoria de mandato para los cargos de elección popular.

En este contexto, y en el de una baja de los precios del petróleo, Chávez triunfó con uno de los más altos porcentajes obtenidos hasta entonces en la historia democrática del país: el 62.46% de los votos (3.673.685 sufragios)<sup>4</sup>, con una relativamente baja abstención del 36,54% (4.014.298)<sup>5</sup> (recordemos que en Venezuela el voto es no obligatorio).

El triunfo electoral de Chávez marcó una nueva etapa en la reforma del Estado venezolano, signada por un profundo cambio en la orientación política y en el aparato administrativo. Esta presidencia se erigía sobre un gran apoyo popular, adverso a los partidos que históricamente habían gobernado la democracia desde los años 50. Su discurso diferencial se expresaba abiertamente a favor de los sectores sociales más débiles, lo que asustaba a los grupos económicos nacionales e internacionales y desataba la crítica de los adversarios. Su lema era la denuncia contra la corrupción de los viejos partidos, la puja por un proceso constituyente

---

4 Elecciones presidenciales. Cuadro comparativo 1958-2000, Consejo Nacional Electoral, Venezuela.

5 Cuadro comparativo abstención electoral 1958-2000, Consejo Nacional Electoral, Venezuela.

destinado a profundizar la democracia, y el rechazo a la política neoliberal y al capitalismo salvaje (OCHOA ENRÍQUEZ; CHIRINOS ZÁRRAGA, 1999, p. 1).

El día de la asunción, y bajo una asamblea con mayoría opositora, Chávez juró sobre la “moribunda” Constitución de 1961. A poco de haber asumido su primer mandato, el 4 de febrero de 1999, convocó por decreto a un referendo consultivo sobre la posibilidad de celebrar una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), como medio para refundar la República.

La Constitución entonces vigente no contemplaba la posibilidad de llamar a ANC. Solo permitía el procedimiento de enmienda (art. 245°) y la reforma constitucional (art. 246°). Tampoco incluía al mecanismo utilizado en esa oportunidad para su convocatoria: el referendo consultivo nacional vinculante. Este último constituía una adquisición reciente de los promotores de los mecanismos de democracia directa, plasmado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP), del 10 de diciembre de 1997.

Por ese motivo, el llamado a referendo consultivo desató una amplia contienda política y jurídica. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia sentenció a favor de Chávez, despejando el camino para consultar al pueblo sobre la convocatoria a una ANC. Formalizada la convocatoria por Decreto, se desató nuevamente la crítica y se exacerbó el conflicto político. Una iniciativa que a ojos del primer mandatario y de su grupo de apoyo pondría fin a la crisis institucional venezolana, era en cambio percibida por la oposición como una amenaza para la libertad del sistema político (Martínez Oliveros, 2008, s.p.).

La consulta se celebró el 25 de abril de 1999, con una muy elevada abstención: el 62,35% de los 6.850.747 empadronados. Las preguntas realizadas fueron dos: por un lado, si se convocaba a una ANC para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa. Esta pregunta logró un 87,75% de respuestas positivas (3.630.666 votos) y un 7,26% de negativas (300.233 votos). Por otro lado, si se estaba de acuerdo con las bases propuestas por el Ejecutivo Nacional para la convocatoria a la ANC, examinadas y modificadas por el CNE. El sí obtuvo el 81,74% de los votos (3.382.075) y el no, el 12,75% (527.632)<sup>6</sup>.

A pesar de la baja participación en la consulta (el 37,65%), el oficialismo interpretó los resultados como un firme respaldo popular a sus propuestas. Ese triunfo, dio pie a la celebración

---

6 Resultados Electorales Referendo Consultivo Nacional 25/04/1999, Consejo Nacional Electoral, Venezuela.

de elecciones de convencionales constituyentes, en un contexto de conflictividad entre el presidente y la vieja elite política. De los 131 cargos que componían la ANC, tres estaban reservados para delegados indígenas (quienes asimismo ganaron otros dos de los 128 restantes en disputa). En las elecciones constituyentes del 25 de julio (que contaron con un 53,77% de abstención), la oposición solo obtuvo cinco bancas, mientras que el “Polo Patriótico” de Chávez se alzaba con los restantes 121 cargos (a los que debían sumarse los cinco acumulados por representantes indígenas afines). La influencia chavista se extendía entonces sobre el 96,18% de la ANC.

En adelante, se iniciaba la etapa de elaboración de una nueva Constitución; reorganización del aparato jurídico, político y administrativo; y construcción de un sistema democrático pretendidamente social y participativo. La ANC se declaró poseedora de facultades originarias y subordinó a sus dictados los poderes establecidos (COMBELLAS, 1999, p. 1).

Además (y por encima) de la incorporación de la revocatoria de mandato y de otros mecanismos participativos, las amplias facultades de la ANC habilitaron la aprobación de profundas reformas estructurales, las que incluyeron la reorganización de los órganos del Poder Público y, en especial, los referidos al Poder Legislativo y al Poder Judicial.

En cuanto a las reformas participativas o democratizadoras, se enfatizaron y jerarquizaron numerosos valores y principios como la libertad, la igualdad, la democracia, la responsabilidad social, el pluralismo político (art. 2°). Uno de los fines atribuidos al Estado fue el ejercicio democrático de la voluntad popular (art. 3°). Se reconoció que la soberanía residía intransferiblemente en el pueblo, quien la ejercía directa o indirectamente (esto último mediante la elección de los representantes del Poder Público) (art. 5°). La forma de gobierno de la República Bolivariana sería democrática, participativa, electiva, pluralista y de mandatos revocables (art. 6°). Nótese aquí la primera mención al instituto revocatorio.

Algo más adelante, en el Capítulo IV, se establecieron los Derechos Políticos y del Referendo Popular. Aquí se ensalzó la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública: el Estado y la sociedad debían facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica (art. 62°). Los artículos 71° a 74° regulaban el mecanismo del referendo. Entre sus modalidades se incluyeron las consultas convocadas por el Ejecutivo, por el Legislativo o por un porcentaje de la ciudadanía (10% del padrón). Otra forma de referendo fue la aquí analizada revocatoria de mandato, que alcanzaba a todos los cargos de elección popular (art. 72°) incluyendo nada menos que al del presidente. A su vez, el artículo

204° inc. 7 otorgó poder de iniciativa de ley a los electores en un número no menor al cero coma uno por ciento de los inscritos en el padrón. Otra de las innovaciones en términos participativos fue la previsión de que toda revisión constitucional debía someterse a referendo popular (art. 341° inc. 3), ello en virtud de la jerarquía de las normas constitucionales y del valor de la democracia participativa.

Al menos en términos discursivos, la lectura es que el principio de democracia participativa fue adoptado por los partidarios del presidente en medio de un turbulento período de cambio, a fin de incluir la participación directa del pueblo en la toma de decisiones. Sin embargo, a juicio de Fraschini, el fin último era “esquilar el poder de las elites político-partidistas” (2013, 81).

En efecto, esta inclinación participativa puede interpretarse como una dádiva populista dirigida a compensar (o a disimular) el refuerzo de las prerrogativas presidenciales (parte orgánica) plasmado en: la reelección inmediata y por única vez del presidente (art. 230°); la extensión de su mandato a seis años (art. 230°); la elección presidencial por mayoría simple a una vuelta (desechando el balotaje) (art. 227°); la potestad de nombrar y remover al vicepresidente (art. 236° inc. 3); el poder de dictar decretos con fuerza de ley (art. 236° inc. 8) y de reglamentar leyes (art. 236° inc. 10); la posibilidad de declarar estados de excepción y decretar la restricción de garantías en los casos previstos en la Constitución (art. 236° inc. 7); la facultad de promover ascensos militares prescindiendo de la autorización del Legislativo (art. 236° inc. 6); la flexibilización (a favor del Ejecutivo y en detrimento del Legislativo) de la facultad de fijar el número, la organización y la competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional (art. 236° inc. 20); y, sobre todo, la atribución presidencial de disolver a la Asamblea Nacional (art. 236° inc. 21). Como señala Fraschini, tales recursos institucionales conquistados por el primer mandatario tras la reforma serían vitales para la transformación social que desplegaría en los años siguientes (2013, 79).

En la referencia que sigue, se sintetiza la doble cara de la reforma:

Para algunos autores, estas modificaciones constitucionales, en especial las que amplían la participación ciudadana en la arena electoral, eran positivas, ya que permitían extender los marcos de la democracia representativa (Pérez Jiménez, 2003), en tanto que para otros se trataba de un texto constitucional que fortalecía la figura del primer mandatario acrecentando el poder presidencial y debilitando el legislativo (MÁRQUEZ, 2004; FRASCHINI, 2013, p. 81).



Esta nueva Ley Fundamental, la número 26 de la historia constitucional venezolana, fue aprobada por la ANC el 19 de noviembre de 1999. El 15 de diciembre, y antes de ser publicada, fue sometida a referéndum, obteniendo el apoyo de un 71,78% del total de votos válidos emitidos (y la negativa del 28,22%). La abstención electoral ascendió al 54% del padrón. En realidad, la nueva Constitución fue aprobada por un 33% de los electores, habiendo votado solo el 46% de los inscriptos (COMBELLAS, 2002, 10)<sup>7</sup>.

Entre los meses de abril y diciembre (de 1999) se celebraron en forma consecutiva tres elecciones (dos plebiscitos y una de convencionales) que dieron por resultado un nuevo texto constitucional legitimado por la ciudadanía. La nueva Constitución introdujo cambios sustantivos en lo referido a los poderes presidenciales, incrementando los recursos de poder institucionales del primer mandatario, en especial en la relación con el Legislativo (posibilidades de decretos de acuerdo a las distintas mayorías), su influencia en los ascensos en el ámbito castrense y las facultades excepcionales con que gozará en este nuevo escenario institucional. La aprobación de este texto constitucional permitió un nuevo llamado a elecciones que será la génesis de una nueva configuración institucional y política favorable al presidente, y traerá nuevos recursos de poder en la arena parlamentaria y regional (FRASCHINI, 2013, 82).

## **b. BOLIVIA**

En este país, las primeras ideas esgrimidas en torno de la institucionalización de la revocatoria de mandato se expresaron en el año 2006, con motivo de la postulación de los candidatos del Movimiento Al Socialismo (MAS) -el partido del presidente recién asumido, Evo Morales-, a la elección de miembros de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), cuyo poder soberano se abocaría a refundar Bolivia (VERDUGO SILVA, 2014, p. 138).

Al poco tiempo, y a fin de que fuese debatido en la ANC, el mismo partido formuló el documento “Refundar Bolivia, Para vivir bien, Propuesta para la Asamblea Constituyente Movimiento Al Socialismo, Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos MAS-IPSP”. Dicho documento postulaba que “la soberanía reside en el pueblo” y que “será ejercida

---

7 No obstante cabe recordar que siendo el voto no obligatorio en todas sus formas en ese país, el abstencionismo electoral es previsiblemente mayor en esos casos que en los países donde el sufragio es obligatorio.

directamente mediante los mecanismos de democracia participativa como la facultad de revocatoria de los gobernantes” (VERDUGO SILVA, 2014, p. 138).

En enero de 2007, a un año de iniciado su primer mandato, el presidente prometió enviar al Parlamento un proyecto de ley que interpretara el artículo 4° de la Constitución entonces vigente (la de 2004) “para someter a referéndum revocatorio a aquellas autoridades que no cumplen en su gestión”<sup>8</sup>. La motivación real del primer mandatario era librarse de los más fervientes opositores a su gobierno, seis<sup>9</sup> de los nueve prefectos, quienes además impulsaban la autonomía departamental. Ese enfrentamiento había desatado violentos choques entre bandos opuestos y masivas movilizaciones<sup>10</sup>.

En septiembre de 2007 el presidente Morales redobló la apuesta: ahora pretendía incluir la revocatoria en la nueva Constitución. La justificación era evitar más conflictos sociales, ya que, según decía, a nivel nacional el 70% de los conflictos provenían de las prefecturas y las alcaldías y se desataban por intereses políticos y no por reivindicaciones legítimas de la población. A su juicio, incorporar la revocatoria evitaría la proliferación de gobernantes “mandamás” o “todopoderosos” (VERDUGO SILVA, 2014, p. 138).

Tras las elecciones de convencionales constituyentes celebradas el 2 de julio, el MAS logró la mayoría en la ANC: 137 de 255 miembros. Sin embargo, no consiguió cubrir los 2/3 requeridos por la ley de convocatoria para aprobar la nueva Constitución. El fraccionamiento de la Asamblea hacía difícil la negociación y el acuerdo (DEHEZA, 2007, s.p.).

El desempeño de la ANC resultó caótico y el tratamiento de la revocatoria de autoridades fue objeto de serias disputas políticas. El 24 de noviembre de 2007, luego de más de tres meses de disturbios, la Asamblea sesionó a puertas cerradas en Sucre, en un liceo militar y sin la presencia de los asambleístas opositores al presidente. Se abrió así una grave crisis política en torno de su legitimidad (VERDUGO SILVA, 2014, p. 140-141). El resultado de la jornada fue la aprobación en general de la nueva Constitución, lo que desató nuevos y violentos disturbios por parte de los contrarios a Morales.

---

8 “Morales propone proyecto de ley para revocar mandato de autoridades”, El Universal, Caracas, 13/01/2007.

9 Los departamentos orientales de Santa Cruz, Beni, Tarija, Pando, y los occidentales de La Paz y Cochabamba. Ver “El pulso entre el Gobierno boliviano y las regiones amenaza con extender la violencia”, *El País*, 12/01/2007.

10 “Morales propone proyecto de ley para revocar mandato de autoridades”, El Universal, Caracas, 13/01/2007.

Esa jugada, tachada de inconstitucional por haberse votado sin mayoría calificada, profundizó la fractura del país e impulsó los procesos autonomistas de los departamentos de Santa Cruz, Pando, Beni, Tarija, Cochabamba y ahora también Chuquisaca (departamento occidental gobernado por el MAS), en su pretensión de obtener poderes federales. El 9 de diciembre la ANC, trasladada a Oruro, aprobó en detalle la nueva Constitución sin la presencia de la oposición derechista. Sin embargo, esta quedaría en un limbo hasta enero de 2009, momento en que, tras dos intentos fallidos (mayo y diciembre de 2008) fue ratificada en referendo<sup>11</sup>.

En lo que hace a la participación ciudadana y a la ampliación democrática, esta nueva Ley Fundamental incorporó como novedad el reconocimiento a la libre determinación de los pueblos originarios (art. 2). El artículo 7° determina que la soberanía, inalienable e imprescriptible, reside en el pueblo boliviano, y que se ejerce de forma directa y delegada (a los órganos del poder público). Entre los valores del Estado destaca la equidad social y de género en la participación (art. 8° inc. II). La forma de gobierno adoptada es democrática participativa, representativa (por elección de los representantes) y comunitaria (por normas propias de los pueblos originarios). La democracia directa y participativa se ejerce por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa (art. 11°). Respecto de la revocatoria de mandato, esta es regulada por el artículo 240°. La misma atañe a todos los cargos, incluyendo al del presidente. Finalmente, el Título VI habilita la participación y el control social, ejercido por el pueblo soberano por medio de la sociedad civil organizada.

Sobre fines de diciembre, y ante la virulencia del conflicto, el presidente Morales no esperó a la entrada en vigencia de la nueva Constitución y entregó a su vice (máxima autoridad del Congreso Nacional), el Proyecto de Ley para convocar a referéndum revocatorio del Ejecutivo nacional (presidente y vice) y de todos los gobernadores departamentales. Con ese acto, Morales impulsaba un mecanismo ajeno a la aún vigente Constitución de 2004. El resultado fue la permanencia del presidente y su vice y de seis prefectos: los dos oficialistas de los departamentos de Oruro y Potosí y los cuatro opositores de Tarija, Santa Cruz, Pando y Beni

---

11 “Bolivia: Evo cosechó otra derrota, esta vez nacida de su propio riñón”, La Capital, Rosario, 30/06/2008.

mantuvieron sus puestos. Contrariamente, los prefectos opositores de La Paz y Cochabamba fueron revocados.

En este caso, es claro que la revocatoria de mandato fue una herramienta de poder impulsada por el presidente Evo Morales para desactivar, vía la destitución de los respectivos prefectos, la oposición autonomista de los departamentos orientales<sup>12</sup>, así como para aplacar los graves disturbios ocasionados a consecuencia de dicha rivalidad. Respecto de la adopción de este mecanismo, aplica lo que Gamboa Rocabado sostiene respecto de las otras medidas democratizadoras incluidas en la Constitución: “el discurso de participación popular directa y ancestral de los pueblos indígenas fue explotado hábilmente por el MAS, que negó, simultáneamente, las demandas autonómicas de la Media Luna (la mitad del territorio, localizado en el oriente del país). Esta contradicción también puede terminar en el surgimiento de amenazas autoritarias” (GAMBOA ROCABADO, 2010, p. 164).

En efecto, la revocatoria de mandato tuvo un lugar prioritario en la agenda presidencial desde mediados de 2006, en ocasión de la elección de los convencionales constituyentes. Prevista primero como ley basada en la interpretación del artículo 4° de la antigua Constitución; luego, incorporada al articulado de la nueva Ley Fundamental y; finalmente (y ante la demora de su entrada en vigencia); enviada como proyecto de ley al Congreso, destinado a someter a revocatorio los mandatos de las máximas autoridades nacionales y federales vigentes en ese momento: presidente, vice y los nueve prefectos.

El apuro del presidente por institucionalizar este mecanismo parece deberse más a su voluntad estratégica de emplearlo como un medio para debilitar y, eventualmente, deshacerse de la oposición autonomista, que a un compromiso verdadero con la participación y el control popular. Tan es así, que Evo Morales no pudo esperar a la entrada en vigencia de la nueva Constitución para que la ciudadanía decidiera por sí misma si quería iniciar algún proceso en contra de algún prefecto. Por el contrario, la aplicó a través de una ley *ad hoc*, creada en exclusiva para implementar el mecanismo en esa coyuntura.

De hecho, la Ley N° 3.850 de Referéndum Revocatorio del Mandato Popular (LRRMP), del 12 de mayo de 2008, contenía los nombres de los mandatarios expuestos a revocatoria. Asimismo, prescindió de la recolección de firmas, siendo este el primer paso obligatorio para

---

12Tarija, Santa Cruz, Pando y Beni

la implementación del mecanismo por parte de la población. Dicho acortamiento del proceso tuvo que ver con que el mismo no fue impulsado por la ciudadanía (en virtud del descontento con algún gobernante) sino por el propio presidente (para afirmarse en el poder y debilitar o eliminar a la oposición). De este modo, y lejos de su espíritu democrático y participativo, la revocatoria se convertía en una herramienta de uso estratégico en la competencia política a manos del presidente.

Nótese que tanto la reforma de Venezuela (1999) como la de Bolivia (2000) fueron impulsadas por los presidentes a cargo, y ambas se propusieron como refundaciones radicales del Estado. En los dos casos, la incorporación de la revocatoria de mandato fue producto de la iniciativa de los primeros mandatarios en un intento (más directo en el segundo caso) de fortalecer el propio poder y debilitar el de los otros órganos de gobierno (Legislativo, Judicial y federal). Si en la Constitución de Chávez el revocatorio fue un plato urdido fuerte para compensar o disimular la sobrecarga de atribuciones en el presidente y el debilitamiento de los otros poderes, en manos de Morales este mecanismo actuó como un disuasivo de la oposición autonomista. En ambas ocasiones se lesionó la posibilidad de ejercer un efectivo control horizontal al presidente por parte de los otros poderes y se reforzaron los ya importantes atributos del ejecutivo unipersonal, poniendo en riesgo la propia vigencia de los derechos y libertades, el respeto de la pluralidad y el ejercicio mismo de la participación y el control ciudadano. Las palabras de Gamboa Rocabado aplican a ambos escenarios: “toda la hostilidad del MAS hacia los proyectos políticos de la Media Luna no es admisible ni congruente con la consolidación de un régimen democrático” (2010, 164).

### **c. ECUADOR**

En este país, la incorporación de la revocatoria de mandato (junto con la de otras herramientas de democracia directa), data de la Asamblea Constituyente de 1997, en medio de un clima en el cual varios grupos de la sociedad civil comenzaban a mostrar un mayor interés por participar e intervenir directamente en la toma de decisiones públicas, así como por controlar el accionar de sus representantes. La expansión de las instituciones de participación ciudadana por aquel entonces respondió a la necesidad de complementar el desempeño de la democracia representativa (CASTELLANOS, 2014, p. 84).

El escenario de fondo era el de una abierta disputa entre los poderes de gobierno en torno de la ineficiencia y baja calidad democrática de las instituciones, junto con la pérdida de legitimidad y desconfianza hacia los partidos tradicionales. Todo lo cual “incrementó la presión

por reformas estructurales e institucionales capaces de garantizar la soberanía popular y evitar la conflictividad interna” (CASTELLANOS, 2014, p. 84).

En ese mismo año 1997 había tenido lugar la escandalosa remoción del presidente Abdalá Bucaram. El Congreso Nacional lo declaró incompetente por incapacidad o trastorno mental. Los motivos fueron: su política monetaria, las subas de precio, la corrupción de sus funcionarios, escándalos personales y nepotismo (CASTELLANOS, 2014, p. 85). Si bien el procedimiento tuvo vicios de legitimidad y falta de garantías constitucionales, contó con el respaldo de gran parte de la ciudadanía, sindicatos y Organizaciones No Gubernamentales. La vicepresidenta, Rosalía Arteaga, solo asumió por 24 horas ya que el Congreso designó en su lugar a su propio presidente, Fabián Alcón Rivera.

El presidente interino llamó a consulta popular, celebrada el 25 de mayo, donde, entre otras varias cuestiones, se convalidó la destitución y el reemplazo presidencial, se resolvió el establecimiento de la Asamblea Constitucional con poderes plenipotenciarios para redactar una nueva Ley Fundamental, y se acordó la adopción constitucional del principio de revocatoria para los mandatarios elegidos que incumplieran normas morales, legales y de eficiencia en el ejercicio de sus funciones.

La pregunta por la revocatoria fue la número 13, la última antes de la disposición final. La participación ascendió al 59% del padrón. Por el SI, se acumularon 1.615.292 votos (39,64%). Por el NO, 1.065.850 (26,15%). Hubo 460.098 (11,29%) votos en blanco y 933.379 (22,9%) nulos. El total de votos positivos fue de 2.681.142. De ese total, el porcentaje de población a favor de introducir la revocatoria en la letra constitucional fue del 60,24% mientras que el 39,76% prefirió excluirla.

A pesar del apoyo popular recolectado en el referéndum, “los miembros de la asamblea constituyente de 1998 no se orientaron totalmente hacia este precepto, ya que este mecanismo no estaba diseñado para permitir su ejercicio autónomo” (CASTELLANOS, 2014, p. 86). La nueva Constitución de 1998 cumpliría entonces con la introducción de la revocatoria de mandato, pero, debido a las numerosas restricciones contenidas en su previsiones legales (que dificultaban su activación en los subniveles de gobierno y no permitían la remoción del presidente), quedaría inactiva por más de una década (CASTELLANOS, 2014, p. 84).

Esta Constitución, al igual que la de Venezuela, se incluyen entre aquellas cartas políticas que, “por un lado, buscan maximizar los derechos y proponen mecanismos generosos de participación popular, mientras mantienen, al mismo tiempo, organizaciones políticas fuertemente centralizadas y verticalizadas” (GARGARELLA, 2014, p. 310).

Los avances constitucionales que presenta la Constitución de 1998, y que tiene que ver con la importancia de su parte declarativa o dogmática se corresponden con un agudo retraso y disfuncionalidad de su parte orgánica, esto es, de aquel conjunto de estructuras institucionales por medio de las cuales las políticas públicas podrían en efecto funcionar como respuesta a esa estructura de derechos (GARGARELLA, 2014, p. 315).

Posteriormente, la acción directa de los ecuatorianos, canalizada de modo informal, tendría poder de presión sobre la destitución de otros dos presidentes: Jamil Mahuad Witt (2000) y Lucio Gutiérrez (2005). En el marco “de la pérdida de legitimidad de las instituciones representativas, ambos procesos acentuaron la crisis de confianza en las acciones gubernamentales” (CASTELLANOS, 2014, p. 86).

La visible pugna de poderes entre los miembros del Congreso y el presidente durante sucesivos gobiernos ha sido la variable constante que ha influido al conflicto e inestabilidad del sistema político en el país. Estos hechos han provocado la intervención de la sociedad civil. La “rebelión de los forajidos”<sup>13</sup>, en 2005, demostró el descontento con el sistema político al constatar que las cortes de justicia eran poco fiables, y el proceso administrativo estaba plagado de corrupción y clientelismo (CASTELLANOS, 2014, p. 87).

Estos acontecimientos fueron considerados como procesos de democracia directa desinstitucionalizada, ocurridos en ausencia de un mecanismo institucional que permitiera viabilizar la remoción de la autoridad evitando enfrentamientos internos que desestabilicen el sistema representativo. Siendo la destitución de 2005 el agravante para considerar la reformulación jurídica de la revocatoria (CASTELLANOS, 2014, p. 87).

Las sucesivas crisis y protestas de la década de dos mil condujeron a una revisión del diseño constitucional en 2008 (CASTELLANOS, 2014, p. 91). Tal escenario, prepararía el terreno propicio para la extensión y flexibilización de los mecanismos participativos y de control. En efecto, “la ausencia o disfuncionalidad de intermediarios como los partidos políticos amplió la brecha entre los ciudadanos y el gobierno, y motivó la apertura de canales de participación política accesibles desde la ciudadanía” (CASTELLANOS, 2014, p. 86-87).

---

13 La Rebelión de los Forajidos fue un movimiento golpista civil, posteriormente respaldado por el comando conjunto de las fuerzas militares, que tuvo lugar del 13 de abril al 20 de abril de 2005 en Quito, y que derrocó el gobierno de Lucio Gutiérrez sustituyéndolo por Alfredo Palacio, el vicepresidente.

En realidad, la idea redactar una nueva Constitución para el Ecuador formó parte de la campaña presidencial de Rafael Correa, con vistas a las elecciones de 2006 en las que resultó vencedor. Tras intensas luchas con el Congreso Nacional (de mayoría opositora) logró convocar a una consulta popular sobre su propuesta de formar una Asamblea Constituyente. El 81,72% del electorado votó a favor. En las elecciones de asambleístas del 30 de septiembre de 2007, el oficialismo obtuvo 80 de las 130 bancas, lo que le dio la mayoría.

En lo que hace a las reformas democratizantes, el Título IV de la nueva Constitución se orientó por entero a la Participación y Organización del Poder. El mismo incluyó: los principios de la participación (art. 95°), espacios de participación en los distintos niveles de gobierno (art. 100°), la “silla vacía” (art. 101°) para que un representante ciudadano participe de las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, la iniciativa popular (art. 103°), la consulta popular (art. 104°), la posibilidad de participar de las comisiones legislativas (art. 137°) y la revocatoria de mandato (art. 105°), la que fue extendida hasta alcanzar todos los cargos de elección popular, superando en mucho la versión de 1998 en la que solo se afectaba a alcaldes, prefectos y diputados.

En cuanto a la parte orgánica, la reforma de 2008 no redujo el excesivo poder presidencial de la Constitución de 1998. A juicio de varios especialistas, este fue aumentado, al tiempo que se disminuyeron las facultades legislativas y la real participación de la sociedad. Al igual que en Venezuela, la ampliación de la parte dogmática (incluyendo la extensión del alcance de la revocatoria) vino a distraer la atención respecto del refuerzo de las potestades del presidente (parte orgánica).

De hecho, el Ejecutivo vio multiplicadas sus funciones (incluso algunas quedaron como prerrogativas exclusivas). Entre sus facultades se destacan: la exclusividad en la presentación de proyectos que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto o modifiquen la división político administrativa del país (135°); la objeción total o parcial de un proyecto de ley (art. 138°); la posibilidad de enviar proyectos de urgencia en materia económica (art. 139°); la planificación del desarrollo (art. 147° inc. 4); atribuciones judiciales como dar indultos por delitos comunes (art. 147° inc. 8); competencias en definición de política cambiaria, crediticia y monetaria en detrimento del Banco Central (art. 261° inc. 5); y nuevas facultades legislativas como: emitir reglamentos de ejecución (art. 147° inc. 13); iniciativa de ley (art. 147° inc. 11); reforma constitucional (art. 442°); frente a la omisión legislativa, consagrar un proyecto de urgencia económica como decreto-ley (art. 140°); y objetar normas aprobadas por la Asamblea Nacional, por razones de oportunidad o por vicios de inconstitucionalidad (art. 138° y 139°).



Ni siquiera los nuevos controles e instituciones participativas incorporadas (la “muerte cruzada”<sup>14</sup>, las novedosas herramientas de participación -como la revocatoria y la silla vacía-, la coordinación de todos los mecanismos de control) lograron compensar el desequilibrio de poder en manos del presidente (GARGARELLA, 2014, p. 311). Ello debido a que tales instrumentos participativos y de control adquirieron luego requisitos tan elevados y difíciles de cumplir, en medio de una maraña de procedimientos burocráticos, que se volvieron inaplicables. Asimismo, el propio presidente limitó, en cuanto estuvo a su alcance, las iniciativas destinadas a poner en funciones los institutos participativos que habían sido creados en la Constituyente y por él apoyados (312-313).

Como señala Gargarella, “el devenir de la práctica constitucional mostró los límites de algunas de las expectativas creadas por la letra de la Constitución” (2014, p. 312): ya que el hiperpresidencialismo reforzado y centralizado terminó por bloquear la puesta en marcha de muchas de las iniciativas participativas incorporadas, y porque la misma dinámica del régimen derivó en aumentar los propios poderes presidenciales. Frente a una Constitución desbalanceada en favor de la parte orgánica y en detrimento de la dogmática, “no había razones para sorprenderse frente a una *performance* pálida o deslucida por parte de las nuevas cláusulas participativas” (Ídem). Al igual que en Venezuela, en este país, la ampliación de los derechos de participación y control ciudadano (como la revocatoria) fue apenas un maquillaje para disimular la ampliación de poderes en el Ejecutivo.

#### d. PERÚ

La primera Constitución nacional peruana en incorporar la revocatoria de mandato (junto con otros mecanismos de democracia directa) fue la de 1993, impulsada por el entonces presidente Alberto Fujimori tras su “autogolpe” y cierre del Congreso.

Esta novedosa incorporación fue posible gracias a la confluencia de “dos vertientes contrapuestas: la izquierda y el fujimorismo” (TUESTA SOLDEVILLA, 2014, p. 9). La izquierda tenía sendos antecedentes de crítica a la formalidad e insuficiencia de la democracia representativa. Tras el gobierno militar que dirigió el país de 1968 a 1980, la llegada al poder

---

14Además del juicio político al presidente (art. 129°) la Asamblea Nacional podrá destituirlo por arrogarse funciones que no le competan o por grave crisis política y conmoción interna (art. 130°). Ahora bien, como el presidente tiene la misma facultad respecto de la Asamblea (art. 148°) se la ha llamado “muerte cruzada”.

de la Izquierda Unida en varios municipios alentaría el desarrollo de la noción participativa de la democracia en estos ámbitos, donde la ciudadanía jugaría un papel de mayor trascendencia y más activo en la gestión local. Por su parte, el gobierno fujimorista también alentó la organización y participación ciudadana, pero desde una mirada de profunda crítica a los partidos y a los poderes instituidos, discurso que prepararía el terreno para el autogolpe de 1992 (Ídem).

Ciertamente, Alberto Fujimori ejerció la presidencia entre 1990 y 2000, con la agrupación de centro derecha por él fundada en 1989: “Cambio 90”. Vencido el mandato del centroizquierdista Alan García Pérez; cuya presidencia se había caracterizado por una grave crisis económica hiperinflacionaria, el incremento de la violencia terrorista bajo Sendero Luminoso y el descrédito de las fuerzas políticas acusadas de corrupción; Fujimori impulsó desde el gobierno un duro plan de ajuste económico para paliar la adversa situación.

Desde sus comienzos, lanzó una premeditada campaña de desprestigio contra el Poder Judicial y, más aún, contra el Congreso, al cual acusó de generar ingobernabilidad y entorpecer las medidas necesarias para organizar el Estado<sup>15</sup>. El 5 de abril de 1992, con el apoyo del ejército, encabezó un autogolpe que cerró el Legislativo, abolió la Constitución de 1979, e intervino el Palacio de Justicia. Comenzaba así el llamado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, alentando cierta expectativa en la gente que, ante la creciente amenaza de los grupos terroristas, apoyó en su mayoría la nueva situación.

Según Rospigliosi, la intención oculta del presidente era la de “gobernar con poderes absolutos, sin parlamento y recurriendo a plebiscitos cada cierto tiempo” (1998, 408). No obstante, “la condena que recibió de parte de la comunidad internacional, lo obligó a modificar parcialmente su esquema y a convocar a elecciones para un Congreso Constituyente” (Ídem). Fue “una solución de compromiso para tratar de superar la crisis originada por el golpe” (Ídem). Estas se celebraron el 22 de noviembre de 1992, con el fin de conformar un “Congreso Constituyente Democrático” encargado de dictar una nueva Constitución para reemplazar la de 1979.

Al parecer, Fujimori no tenía en sus planes convocar a un Congreso Constituyente, ni tampoco gobernar con un Parlamento (aunque tuviera mayoría propia) en el que sus propuestas fueran puestas en discusión. Sin embargo, debió ceder a la presión internacional “porque todo

---

15 “Alberto Fujimori”, Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea, en <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/f/fujimori.htm>.

su esquema económico (y en parte su estabilidad política) reposaba sobre las posibilidades de normalizar las relaciones con los organismos multilaterales, rotas durante el gobierno anterior” (ROSPIGLIOSI, 1998, p. 408).

Los partidos de oposición y la mayoría de los ciudadanos tampoco se mostraban muy entusiastas frente a la elección. Los primeros, porque no confiaban en la autenticidad del proceso ni en la independencia y autonomía del Congreso, y porque no tenían perspectivas de ganar una cantidad significativa de escaños. Los segundos, porque la propuesta no les resultaba especialmente atractiva, en medio de un clima de crisis de la representación, de desprestigio de los partidos y de las instituciones representativas, que se reflejó en una baja participación en las urnas (ROSPIGLIOSI, 1998, p. 409).

El Congreso estaría constituido por 80 congresistas, muy reducido en comparación con el Parlamento, de 240 miembros. Dicho tamaño reducido se debía a que Fujimori no contaba con muchas personas de su confianza para integrar una lista. Tampoco tenía un partido político fuerte y con presencia a nivel subnacional, por lo cual instituyó un distrito único. Además, un Congreso pequeño sería más fácil de manipular por el gobierno que uno de mayores dimensiones (ROSPIGLIOSI, 1998, p. 410).

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional convocó los comicios con la resistencia de varios de los partidos tradicionales del país, como el centro-izquierdista Partido Aprista Peruano (APRA o PAP); Acción Popular (AP); Izquierda Unida (IU); y Libertad, entre otros. Ninguna de esas agrupaciones participó de la elección debido a su disconformidad con el gobierno de Fujimori (al que consideraban ilegítimo y no querían convalidar), por la desconfianza que les despertaba el proceso en cuanto a su imparcialidad y por la conciencia de su debilidad para competir a nivel nacional contra el oficialismo. En cambio, el Partido Popular Cristiano (PPC), de centroderecha, y otras agrupaciones menores o emergentes, aceptaron participar del Congreso. El gobierno estaría representado por la alianza oficialista formada por el decadente Cambio 90 y el recién fundado para la ocasión partido Nueva Mayoría (C90-NM).

Las elecciones se celebraron en un clima de “inseguridad, incertidumbre y cambios constantes” (Rospigliosi, 1998, 410), bajo una ley electoral diseñada a conveniencia del oficialismo, sin tomar en cuenta la opinión de la oposición y con una excesiva presencia de las Fuerzas Armadas. De los 18 grupos políticos que se presentaron a la contienda solo 10 obtuvieron representación en el Congreso. A pesar de presentarse como independientes u opositores, una vez en el Congreso, muchos terminaron alineándose con el fujimorismo.

Tras los comicios se declaró el triunfo de la alianza fujimorista Nueva Mayoría-Cambio 90, que obtuvo, con el 37,5% de los votos emitidos, 44 de los 80 escaños en juego: la mayoría absoluta. En segundo lugar quedó el PPC (con un escaso 7,4% de los votos válidos), que obtuvo 8 bancas. Luego siguieron varias listas electorales de nuevos movimientos. Hubo un ausentismo del 27,8% y un 23,9% de votos blancos y nulos, evidenciando una gran apatía cívica, producto de la crisis económica y representativa, así como de la desintegración social y política (ROSPIGLIOSI, 1998, p. 415-416).

Al igual que lo ocurrido con Chávez, la mayoría propia en el Congreso Constituyente permitió a Fujimori elaborar una Constitución acorde con su doble deseo: implantar el neoliberalismo económico y desbalancear la distribución de poderes a favor del presidente y en detrimento del Congreso. La incorporación de instrumentos de democracia directa y de rendición de cuentas, como la revocatoria de mandato (art. 31°), sumó créditos a su estrategia de aplacar la crisis institucional, revertir la reprobación internacional respecto de la irregularidad de su gobierno y desviar la atención de las modificaciones hiperpresidencialistas.

La cantidad de reformas realizadas respecto de la Constitución de 1979 fue relativamente baja, pero de gran impacto en el régimen político. Entre los principales cambios que hacen a los derechos participativos, al control y a la estructura de poderes, además de la adopción de la revocatoria (aunque solo sea para autoridades regionales y locales), destacamos: la incorporación del referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de leyes, ordenanzas municipales y materias relativas al proceso de descentralización (art. 32°); la reelección presidencial inmediata o consecutiva, debiendo luego dejar pasar un período para volver a presentarse (art. 112°); la ampliación de las facultades del presidente para adoptar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera (art. 118° inc. 19) y para disolver el Congreso si éste censurase a dos Consejos de Ministros<sup>16</sup> (debiendo fijarse la fecha de elecciones para un nuevo Congreso -art. 134°); el reemplazo de la bicameralidad del Poder Legislativo por la unicameralidad (art. 90°); la restricción de la atribución del Congreso de aprobar tratados internacionales antes de la ratificación presidencial solo respecto de aquellos que versasen sobre ciertas materias específicas (art. 56°), dejando en libertad al presidente para celebrar cualquier otro tratado sin

---

16 En la Constitución de 1979 el Presidente podía disolver la Cámara de Diputados luego de la censura a tres consejos de ministros (art. 227°).

aprobación parlamentaria previa (art. 57°); la eliminación de la ratificación del Senado sobre el nombramiento presidencial de los embajadores (art. 118° inc. 12); la eliminación de la ratificación del Congreso de los ascensos de las Fuerzas Armadas o altos rangos militares aprobados por el presidente (art. 172°); la limitación de la atribución parlamentaria referida a la aprobación de tributos, salvo que fuese solicitada por el Ejecutivo (art. 79°); el establecimiento de la Defensoría del Pueblo (art. 161°).

A diferencia de la Constitución de 1979, resultado de un consenso multipartidario a favor de establecer una institucionalidad democrática tras largos años de dictadura, esta nueva carta política de 1993 fue producto de un autogolpe y de un Congreso constituyente compuesto por amplia mayoría oficialista, con una marcada ausencia de las fuerzas políticas tradicionales opositoras y escaso debate. El sistema de gobierno mixto heredado de la anterior Constitución terminó exagerando el rol del presidente y quebrando el equilibrio de poderes en pos de un hiperpresidencialismo. Al igual que en Venezuela, las concesiones a la democracia participativa (parte dogmática) debieron convivir con un presidencialismo exacerbado (parte orgánica).

La nueva Constitución fue aprobada en referéndum popular el 31 de octubre de 1993 con el 52,24% de los votos. Los partidos opositores bregaron por el NO, denunciando la ilegalidad e inconstitucionalidad de origen de dicha normativa. Si bien ganó la opción oficial, el triunfo no fue arrollador, evidenciando la poca credibilidad de todo el proceso.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES**

Desde fines de los años 80, la mayoría de las constituciones en América del Sur incorporaron y/o ampliaron sus mecanismos de democracia directa. Esta tendencia se orientó a alcanzar mayores niveles de participación y *accountability* vertical ciudadana, con el fin de corregir la crisis de representación y hacer frente a los problemas de gobernabilidad. Así, el proceso de democratización política fue de la mano de una proliferación de vías de participación y control cívico, tanto formales como informales.

Uno de los mecanismos incorporados, muy destacado en términos de su potencial participativo y de control hacia los gobernantes, es la revocatoria de mandato. Este instituto, permite a los ciudadanos poner fin al mandato de un representante antes de que finalice su período, ubicando a la soberanía popular por encima de los mandatarios. En caso de alcanzar al Ejecutivo nacional, la revocatoria flexibiliza el funcionamiento del presidencialismo, volviéndolo más apto para superar situaciones de graves crisis políticas asociadas a la figura del primer mandatario.

En América Latina, el proceso de introducción de este mecanismo en las constituciones y leyes de varios de sus países mostró ciertos rasgos comunes, como graves crisis políticas, sociales y/o institucionales (Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú), o el viraje a gobiernos de izquierda o socialistas (Chávez, Morales, Correa); y también, algunos matices diferenciales, como la adopción de políticas neoliberales (Fujimori) o el enfrentamiento con los prefectos opositores de algunos departamentos (Morales).

No obstante, el aspecto más saliente en cuatro (Venezuela, Bolivia, Ecuador y Perú) de las seis constituciones que incorporaron la revocatoria de mandato desde los años 90 es que semejante apuesta a la participación y al control ciudadano se vio empañada o contrarrestada por una simultánea concentración y aumento de facultades en el presidente. Este desequilibrio de poderes a favor del Ejecutivo, sumado a los altos requisitos impuestos al revocatorio, tendieron a neutralizar su potencial de *accountability* y, en algunos casos, llegaron a convertirlo en un instrumento más de disputa política al servicio de los mandatarios.

El presente artículo se abocó a indagar el proceso de incorporación de la revocatoria de mandato en dichas constituciones, a fin de conocer el contexto de la reforma de la que fueron parte. La inquietud era comprender qué gobernantes y bajo qué circunstancias decidieron adoptar una herramienta institucional destinada a la interrupción anticipada de sus propios mandatos, decisión que, al menos, resulta paradójica o contradictoria. La pregunta subyacente es: ¿por qué un gobernante impulsaría un mecanismo creado para ser usado en su propia contra? ¿Por qué un mandatario electo adoptaría por iniciativa propia una herramienta que pone a la voluntad popular por encima de sus poderes durante la mayor parte de su mandato? ¿Por qué impondría voluntariamente tamaño factor de debilidad o vulnerabilidad sobre sí mismo?

Numerosas lecturas se han inclinado a entender las reformas constitucionales recientes en Latinoamérica como procesos que tanto fortalecieron como limitaron el presidencialismo regional. Mientras algunas cláusulas confirieron mayores capacidades al presidente, dicen, otros cambios “compensatorios” expandieron las capacidades de los ciudadanos para controlar a sus representantes (GARGARELLA, 2014, p. 288). La adopción de la revocatoria de mandato, que incluso en algunos países llegó hasta alcanzar a la figura presidencial (Venezuela, Bolivia y Ecuador), se incluye entre los segundos.

Sin embargo, tal efecto “compensatorio” no es realmente cierto (GARGARELLA, 2014, p. 288-289). Las interpretaciones que así lo sostienen asumen en forma errónea una relación igualitaria entre las diferentes esferas de la Constitución, cuando solo en una de ellas se

encuentra el verdadero “motor” del régimen: la parte orgánica, referida a la organización del poder.

Por otro lado, dichas miradas descuidan el aspecto dinámico de la Constitución, limitándose a una lectura estática que toma más en cuenta el objetivo de la reforma (lo declamativo) que lo que resulta esperable (real) de su puesta en marcha, dada una cierta distribución de poderes. A juicio de Gargarella, “son habitualmente los poderes establecidos los que tienen ‘la llave’ capaz de ‘activar’ -o desactivar- los nuevos mecanismos participativos” (2014, 289).

Finalmente, tales lecturas tampoco toman en cuenta el contexto e historia de la región que permite reconocer la posición de privilegio en que han quedado los presidentes para ejercer su dominio sobre las demás herramientas constitucionales (GARGARELLA, 2014, p. 289).

En cambio, si bien las últimas reformas constitucionales del continente han mostrado una estructura compleja según la cual, por un lado, parecían mantener o profundizar los poderes presidenciales y, por el otro, pretendían fortalecer los compromisos constitucionales ya asumidos en derechos sociales o participación política, incluyendo nuevos controles al poder; estas reformas, una vez puestas en marcha, terminaron por reforzar (o, al menos, por no debilitar significativamente) la autoridad presidencial, algo que (como vimos respecto de la revocatoria) tendía a poner en riesgo el resto de las reformas (GARGARELLA, 2014, s.p.).

En efecto, resulta lógico pensar que “los presidentes con poderes fuertes o reforzados, racionalmente, no tienden a aceptar recortes sobre su propio poder, como los que puede sugerir una ciudadanía autonomizada y/o con mayores poderes de decisión y control” (GARGARELLA, 2014, p. 309). Es decir, que si un presidente (como Chávez o Morales) impulsa una reforma estructural del Estado, y en dicha reforma incluye un mecanismo que permite destituirlo anticipadamente del supremo cargo vía votación popular, es porque de algún modo está seguro de que tal mecanismo no podrá ser empleado eficazmente en su contra, ya sea porque su exigente diseño no invita a su utilización, o porque tiene asegurada su influencia sobre los órganos de implementación (de justicia y/o electoral), o porque planea usarlo él mismo a su favor y en contra de sus adversarios.

En síntesis, en los casos de países cuyas constituciones han sido reformadas bajo un gobierno personalista con intención de instalar un orden hiperpresidencialista (como en los cuatro casos aquí estudiados), la adopción de la revocatoria puede leerse, más que como una contradicción en sí misma, como un gesto democrático participativo destinado a desviar la atención de otras reformas, más profundas, realizadas en la dirección contraria: reforzar y

concentrar el poder en el Ejecutivo nacional. Tales mecanismos se convierten en meros “adornos” democráticos o injertos constitucionales extraños en un entorno institucional que poco margen deja a la real participación y control ciudadanos.

## 5. REFERÊNCIAS

ALTMAN, David. Democracia Directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?, **Política y Gobierno**, México D.F., XII, 2, pp. 203–232, 2005.

BUCEK, Ján y SMITH, Brian. New approaches to local democracy: direct democracy, participation and the 'third sector', **Environment and Planning C: Government and Policy**, 18, 1, pp. 3-16, 2000.

CASTELLANOS, Ana Sofía. Ecuador: la transformación de las reglas del juego y sus consecuencias (1998-2013). En: WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe (Comp.) **La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza**. Quito, Consejo Nacional Electoral – Instituto de la Democracia, 2014.

COMBELLAS, Ricardo. Constitución de 1999 y la reforma política: implicaciones para la gobernabilidad democrática. In: **VII Congreso Internacional del CLAD**, Lisboa, 2002.

CRONIN, Thomas. **Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum and Recall**. Cambridge MA: Harvard University Press, 1989.

DEHEZA, Grace. Bolivia 2006: reforma estatal y construcción del poder, **Revista de Ciencia Política**, Santiago, vol. especial, pp. 43-57, 2007.

DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas y derecho constitucional**. Barcelona: Ariel, 1970.

EBERHARDT, María Laura. **Efecto helicóptero. ¿Cómo reemplazar malos gobernantes sin golpes de Estado?** Buenos Aires: Prometeo, 2019.

EBERHARDT, María Laura. **Siga Participando. Dedicado a los ciudadanos de las democracias reales**. Buenos Aires: Prometeo, 2013.

FRASCHINI, Mariano. **Los liderazgos presidenciales de Hugo Chávez y Álvaro Uribe: ¿Dos caras de un mismo modelo de ejercicio del poder?** 2013. 408. Tesis doctoral - Doctorado en Ciencia Política - Universidad Nacional de General San Martín, Buenos Aires.

GAMBOA ROCABADO, Franco. Transformaciones constitucionales en Bolivia. Estado indígena y conflictos regionales, **Colombia Internacional**, 71, pp. 151-188, enero-junio 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

KORNBLITH, Miriam. Venezuela: polarización, revocatoria y después. En WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe. **La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América**



**Latina, Estados Unidos y Suiza.** Quito, Consejo Nacional Electoral – Instituto de la Democracia, 2014.

LAMBERT, Jacques. **América Latina.** Barcelona: Ariel, 1974.

LISSIDINI, Alicia. Democracia Directa en Latinoamérica: entre la Delegación y la Participación. En PACHANO, Simón. (Comp.) **Temas actuales y tendencias en la ciencia política.** Quito: FLACSO Ecuador, 2008.

MARTÍNEZ OLIVEROS, Agustina. Los referendos en Venezuela: práctica de la democracia participativa. **Cuestiones Políticas**, 24, 40, Maracaibo, 2008.

NINO, Carlos. **La constitución de la Democracia Deliberativa.** Barcelona: Gedisa, 1997.

OCHOA ENRÍQUEZ, Haydeé y CHIRINOS ZÁRRAGA, Emilio. Tendencias de la reforma del Estado venezolano en el gobierno de Chávez, **Revista Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental**, 1999.

PAYNE, Mark; ZOVATTO, Daniel; CARRILLO, Fernando y ALLAMAND, Andrés. **Democracies in Development: Politics and Reform in Latin America.** Washington, D.C.: Inter-American Development Bank - International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2002.

ROSPIGLIOSI, Fernando. Perú: Elecciones entre 1992 y 1993. En RIAL, Juan y ZOVATTO, Daniel. (Eds.) **Elecciones y Democracia en América Latina 1992-1996: Urnas y Desencanto Político.** San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability- En: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry y PLATTNER, Marc. **The self-refraining State: power and accountability in new democracies.** London: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SERRAFERO, Mario Daniel. Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto, **Revista Mexicana de Sociología**, Instituto de Investigaciones Sociales, México, 60, 2, pp. 165-186, 1998.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. Perú: entre la participación y la gobernabilidad local (1997-2013). En: WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe. **La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza.** Quito: Consejo Nacional Electoral – Instituto de la Democracia, 2014.

VERDUGO SILVA, Julio. “Bolivia: entre la expectativa de uso y los intentos fallidos de activación” En: WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe. **La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza.** Quito: Consejo Nacional Electoral – Instituto de la Democracia, 2014.

*Data da submissão: 16/11/2021*  
*Data da aprovação: 02/12/2021*

**A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NA DETERMINAÇÃO DAS  
COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS (LEGISLATIVA E MATERIAL)  
NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: A TRAJETÓRIA  
CONSTITUCIONAL PARA FUNDAMENTAR OS PODERES DE  
INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

*THE IMPLIED POWERS DOCTRINE ON THE DETERMINATION OF  
CONSTITUTIONAL POWERS (LEGISLATIVE AND EXECUTIVE) IN THE  
UNITED STATES OF AMERICA AND IN BRAZIL: THE CONSTITUTIONAL  
TRAJECTORY TO JUSTIFY THE BRAZILIAN DEPARTMENT OF JUSTICE'S  
INVESTIGATORY POWERS*

**Pedro Sousa<sup>1</sup>**

**Evandro Piza Duarte<sup>2</sup>**

**RESUMO:** O presente trabalho debate o uso realizado pelo Supremo Tribunal Federal da Teoria dos Poderes Implícitos, que teve sua origem na Suprema Corte Estadunidense em *McCulloch v. Maryland* (1819). O objetivo do trabalho é compreender como as referidas Cortes aplicaram essa teoria aos casos que envolviam conflitos sobre competência legislativa e competência material (atividades e serviços). Para isso, será feita análise de decisões sobre os poderes implícitos no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte estadunidense, além da revisão de literatura sobre o tema. Inicialmente, aborda-se o surgimento da Teoria dos Poderes Implícitos no contexto da tensão entre a competência legislativa da União e dos Estados, e os diferentes momentos de sua aplicação (*dual federalism, cooperative federalism*

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional, com ênfase em Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pós-graduando em Direito Tributário pela mesma instituição, pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), advogado; E-mail: [pedro.xdss@gmail.com](mailto:pedro.xdss@gmail.com). Lattes <http://lattes.cnpq.br/6136790505339939>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8976-4669>.

<sup>2</sup> Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), Mestrado em Direito pela UFSC (1998) e Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente é Professor na Universidade de Brasília (UnB) de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Integrante do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e membro do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras - IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia; E-mail: [evandropiza@gmail.com](mailto:evandropiza@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5003630503816604>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0077-0297>.

e *new federalism*). A seguir, apresenta-se as decisões brasileiras anteriores e posteriores à Constituição de 1988, analisando-se especificamente o reconhecimento de poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727/MG). Argumenta-se que houve um deslocamento, no caso brasileiro, do uso da Teoria dos Poderes Implícitos para resolver conflitos sobre competência legislativa (entre União e Estado) para a atribuição pelo Supremo Tribunal Federal de competência material a determinados órgãos ou entidades, o que pode ser compreendido dentro da trajetória de ativismo judicial de nossa Corte.

**Palavras-chave:** Poderes implícitos; *McCulloch v. Maryland*; Direito comparado; competências constitucionais; Ministério Público.

**ABSTRACT:** This paper debates the application made by the Brazilian Supreme Court of the implied powers doctrine, that was created by the United States Supreme Court in *McCulloch v. Maryland* (1819). The objective of this work is to comprehend how both Courts applied the doctrine in cases about legislative powers and executive powers (activities and services) conflicts. In this sense, we will analyze decisions about the implied powers in the Brazilian Supreme Court and the US Supreme Court, in addition to the literature review on the subject. In the beginning, we present the creation of this doctrine in the context of tension between State and Union legislative powers and the different periods of its application (dual federalism, cooperative federalism e new federalism). Further, we present decisions in Brazil before and after the Constitution of 1988, analyzing the recognition of the investigatory powers of Brazilian Department of Justice (RE 593.727/MG). We argue that in Brazil there was a displacement of the implied powers doctrine from solving conflicts (between Union and Federate States) about legislative powers to the attribution, by the Brazilian Supreme Court, of executive powers to organs and entities, what can be understood as part of the trajectory of Brazilian Supreme Court in judicial activism.

**Keywords:** Implied powers; *McCulloch v. Maryland*; comparative law; constitutional powers; Brazilian Department of Justice.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os poderes implícitos nos Estados Unidos: do federalismo dual ao novo federalismo; 3. A Teoria dos Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal antes da Constituição Federal de 1988; 4. A Constituição Federal de 1998 e a Teoria do Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal; 5. Os Poderes Investigatórios do Ministério Público e a Teoria dos Poderes Implícitos; 6. Considerações finais; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Teoria dos Poderes Implícitos foi criada em 1819 durante a Corte Marshall (1801-1835). O período foi caracterizado pela influência desse *chief justice* e sua arguta solução em *Marbury v. Madison* (1803), considerada o fio condutor de nascimento do controle de constitucionalidade no contexto estadunidense. Diante de um impasse político e institucional, a corte decidiu que caberia ao Poder Judiciário avaliar a conformidade das leis

à Constituição, criando para si (ou reconhecendo) uma competência que estará no centro das disputas sobre a estrutura e o funcionamento das instituições nas democracias ocidentais (LEIMIEUX, 2017, p. 1072).

Todavia, a contribuição dessa corte histórica para o constitucionalismo nos Estados Unidos da América vai muito além de *Marbury*. Desde a independência estadunidense (1776), havia tensões quanto às competências do Poder Judiciário, do Poder Executivo e dos Poderes Legislativos da União e dos Estados (PAIXÃO, 2008, s.p.). Uma das principais preocupações de James Madison, quando da elaboração dos *federalist papers*, foi de evidenciar que as atribuições de competência conferidas à União seriam as estritamente necessárias, visando garantir a autonomia dos estados federados (HAMILTON *et al.*, 1787, n. 41/45).

A autonomia dos estados federados está no cerne da Constituição dos Estados Unidos da América. A base normativa sobre a qual se ergue a teoria da *necessary and proper clause*<sup>3</sup> foi o art. I, seção 8, da Constituição, segundo o qual o Congresso possui o poder "de fazer todas as Leis que possam ser necessárias [*necessary*] e apropriadas [*proper*] para colocar em execução os poderes inevitáveis, e todos os outros poderes garantidos pela Constituição ao Governo dos Estados Unidos, ou qualquer departamento ou agente governamental" (UNITED STATES, 1788, s.p.)<sup>4</sup>.

Hodun aponta que a referida norma constitucional surgiu com duas preocupações: i) de garantir que o Congresso estadunidense não ficasse limitado ao texto constitucional expreso; ii) mas também de limitar o poder do legislador federal num contexto de respeito às disposições normativas dos Estados Federados (HODUN, 2015, p. 64-66).

Nesse contexto, a Teoria dos Poderes Implícitos surgiu para permitir ao legislador federal, por decorrência implícita do texto constitucional, criar lei cujo texto obrigasse também os estados federados em relação à *commerce clause*, cláusula constitucional que confere à União os poderes para regular o comércio. A teoria limitava a competência do poder legislativo local e ampliava a competência do poder legislativo federal. Tamanha

---

<sup>3</sup> Nas referências seguintes à *necessary and proper clause*, esta será tratada somente como *proper clause*.

<sup>4</sup> Tradução nossa. No original: "The Congress shall have power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof."

movimentação da Suprema Corte na defesa de poderes implícitos da União opunha-se a uma longa tradição jurídica inglesa de garantia de autonomia das elites locais, confirmada nas disputas políticas da Independência, mas que necessitava ceder, por razões de ordem prática, diante das necessidades de organização de um mercado nacional. Todavia, essas tensões vão produzindo diferentes alternativas judiciais ao longo da trajetória constitucional, o que pode ser identificado em três momentos centrais: "*dual federalism, cooperative federalism e new federalism*" (HODUN, 2015, p. 61-62), cujas especificidades serão tratadas no capítulo 2.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já aplicou diversas vezes a Teoria dos Poderes Implícitos<sup>5</sup>. O emprego mais famoso, notadamente no RE 593.727/MG, permitiu validar poderes investigatórios amplos ao Ministério Público, a despeito de inexistir previsão legal expressa destes poderes. Neste caso, houve a ampliação das atribuições de uma instituição com uma história nacional bem particular, surgida inicialmente das entranhas do Poder Executivo, mas que, na Constituição de 1988, assumiu contornos com maior autonomia e maior amplitude de atuação, extrapolando suas atribuições criminais e identificando-se práticas de proteção (e tutela) da sociedade civil.

A adoção da Teoria dos Poderes Implícitos constitui-se em interessante objeto de pesquisa, quer porque o desenho institucional brasileiro e a repartição constitucional de competências é bastante distinto da situação estadunidense, quer porque a adoção brasileira serviu a propósitos distintos.<sup>6</sup>

Para que se compreenda essa distinção, é preciso ter em mente a distinção entre competências legislativas e materiais. Primeiro, segundo José Afonso da Silva<sup>7</sup>, as “competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções” (SILVA, 2011, p. 413). Elas se dividem, conforme

---

<sup>5</sup> No original: “implied powers doctrine”.

<sup>6</sup> CARMO (2013) trata da Teoria dos Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal, mas faz um paralelo com o conceito de **competência ancilar** na Suprema Corte dos Estados Unidos, de modo que compara dois conceitos distintos em ordenamentos distintos, diferentemente da presente análise, que trata do mesmo conceito nos Estados Unidos e no Brasil, de modo que o trabalho de Carmo não será analisado neste artigo. EM: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações = The Law, State and Telecommunications Review / Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações. – v.5, n.1 – (2013) – Brasília: Universidade de Brasília, 2013. v. 5.

<sup>7</sup> Entendemos que a melhor forma de traduzir *power* para o contexto brasileiro é por meio do uso do termo **competência**, e não *poder*. No entanto, como o uso da palavra **poder** é mais usual, esta será a terminologia adotada.

Almeida, em dois grandes grupos: as **legislativas** e as “outras competências que as credenciam ao desempenho de atividades e serviços” (ALMEIDA, 2013, p. 67), as quais são também chamadas de **competências materiais**<sup>8</sup> (SILVA, 2011, p. 413). Desse modo, a **competência legislativa** possibilita que o poder legislativo crie lei sobre determinado tema, enquanto a **competência material** cria um poder-dever de ação do estado, permitindo que o poder público haja sem a necessidade de intermediação ou permissão legislativa.

De forma direta, indagamos neste artigo como a Teoria dos Poderes Implícitos estava relacionada, em cada um desses cenários, aos conceitos de competência legislativa e material e se houve uma alteração na forma de aplicação dessa teoria nos dois contextos constitucionais objeto de comparação.

## 2. OS PODERES IMPLÍCITOS NOS ESTADOS UNIDOS: DO FEDERALISMO DUAL AO NOVO FEDERALISMO

No período inaugurado com o surgimento dos poderes implícitos, conhecido como *dual federalism*, a intervenção da União nos assuntos atinentes aos Estados Federados foi limitada ao mínimo, sendo que somente a Constituição Federal, incluindo seus **poderes implícitos**, interpretando o texto da *proper clause*, seria capaz de fazer uma vinculação dos Estados ao direito da União (HODUN, 2015, p. 89).

Em *McCulloch v. Maryland* (UNITED STATES, 1819, s.p.), a Suprema Corte decidiu sobre a possibilidade de um estado federado taxar o Bank of America, um banco federal que possuía diversas funções estratégicas para o governo, em especial no que trata da competência constitucional explícita de regular e desenvolver o comércio, determinada no contexto estadunidense pela *commerce clause*.

O recurso foi interposto perante a Suprema Corte por James McCulloch, um bancário do Bank of America que estava sendo processado por ter deixado de recolher, em favor do estado de Maryland, imposto referente à prática da atividade bancária. A questão é que lei federal de 1816 incorporou o banco ao patrimônio da União, enquanto lei do estado de

---

<sup>8</sup> No presente trabalho não se tratará de distinções específicas das diversas formas de competências materiais e legislativas, uma vez que a mera distinção das competências constitucionais nesses dois grandes grupos já é suficiente para a análise que se busca fazer.

Maryland em 1818 determinou a taxaço de todos os bancos que exerciam atividades no Estado, sem fazer qualquer ressalva ao Bank of America (UNITED STATES, 1819, p. 317).

Na soluço do caso, a Corte entendeu que, a despeito da auséncia de previsáo constitucional expressa para que a federaço incorporasse um banco, esse poder existia, de modo implícito, em razáo da tarefa constitucional de regular o comércio (*commerce clause*), sob legitimaço da *proper clause*. Logo, a incorporaço de banco pelo Governo Federal fora legítima, e o Estado de Maryland não poderia taxar o *Bank of America*.

Segundo Whittington (2017, p. 578-579), o que se buscou proteger foi que, no contexto do federalismo estadunidense, os eleitores de um estado poderiam organizar suas próprias questões, sem, contudo, intervir nas questões dos outros estados federados, de modo que “as pessoas do estado de Maryland não poderiam exercer um poder de veto sobre as políticas públicas do país como um todo, representado pelo Congresso Nacional<sup>9</sup>” (WHITTINGTON, 2017, p. 578-579).

O voto do juiz Marshall, trazendo a opinião unânime da Corte, apontou a impossibilidade de que a Constituição detalhasse o modo pelo qual os poderes por ela instituídos seriam exercidos:

[...] Uma Constituição que contivesse um detalhamento preciso de todas as subdivisões do que seus poderes amplos permitiriam, e os meios pelos quais eles seriam colocados em execução, estaria tomada pela prolixidade de um código legislativo e poderia ser mal compreendida pela mente humana. (UNITED STATES, 1819, p. 407)

Nesse contexto, a Constituição traria os objetos centrais do poder federal, sendo que “[...] os ingredientes menores que compõem esses objetos [centrais] são deduzidos da própria natureza do objeto” (UNITED STATES, 1819, p. 407). Os objetos maiores não poderiam ser obtidos por qualquer meio, mas somente em relação aos meios **necessários** e **apropriados** para a execução do dever constitucional, havendo uma determinação dos contornos de aplicabilidade da *proper clause*. Assim, ficou consagrada a Teoria dos Poderes Implícitos

---

<sup>9</sup> Tradução nossa. No original: “the people of the state of Maryland could not be allowed to exercise a veto power over the policy decisions of the people of the country at large as represented in the U.S. Congress”.

como a permissão para que o Poder Legislativo criasse os meios **necessários e apropriados** para a execução de um poder mais amplo constitucionalmente expresso<sup>10</sup>.

O Poder Legislativo criaria a competência pela edição de lei federal, cabendo ao judiciário atuar somente no controle da adequação constitucional da norma criada. O voto de Marshall evidencia os contornos da atuação de cada poder:

Se o Congresso pudesse, na execução de seus poderes, adotar medidas proibidas pela Constituição, se o Congresso pudesse, sob pretexto de executar seus poderes, aprovar leis para o cumprimento de objetivos não conferidos ao Governo, isso se tornaria uma tarefa árdua para esse tribunal, se surgisse um caso que demandasse tal decisão, dizer que tal lei não seria uma lei compatível com as dessa terra. Mas onde a lei não é proibida, e é realmente pensada para chegar a um dos objetivos conferidos ao governo, e se prestasse aqui à análise de adequação seria cruzar a linha que separa as instituições judiciais para pisar em terras legislativas. Essa Corte recusa qualquer pretensão a este poder<sup>11</sup>. (UNITED STATES, 1819, p. 423)

Portanto, o Poder Judiciário, segundo Marshall, não cria poderes implícitos diretamente da norma constitucional. O Poder Legislativo, no exercício da criação das leis federais, é o criador de tais poderes. O Poder Judiciário poderia somente reconhecer, à luz da *proper clause*, e em sua função de controle constitucional, a validade ou invalidade de um poder criado pela via legislativa em um controle posterior de adequação à referida norma constitucional.

O período seguinte do federalismo estadunidense, o *cooperative federalism*, teve início quando, ao decidir sobre *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (UNITED STATES, 1937), a Corte entendeu que a regulação das relações de trabalho em âmbito nacional seria

<sup>10</sup> Em 1806, em *Fisher v. U.S.*, a Corte Marshall já havia indicado que a *proper clause* deveria ser aplicada por meio de edição de legislação federal, tendo apontado que o Congresso possui o poder de criar “[...] todas as leis que possam ser necessárias [*necessary*] e apropriadas [*proper*] para colocar em execução os poderes garantidos pela Constituição” (UNITED STATES: 1819; p. 385). Posteriormente, em *McCulloch*, a Corte somente desenvolve com mais detalhamento os contornos do que virá a ser a Teoria dos Poderes Implícitos, mas já em *Fisher* fica claro que o meio de aplicação dos poderes implícitos é, justamente, a edição de lei federal. Nesse sentido, a *implied powers doctrine* surge como uma regra de ampliação, mas também de fixação e limitação, da competência do Congresso estadunidense.

<sup>11</sup> Tradução nossa. No original: “Should Congress, in the execution of its powers, adopt measures which are prohibited by the Constitution, or should Congress, under the pretext of executing its powers, pass laws for the accomplishment of objects not intrusted to the Government, it would become the painful duty of this tribunal, should a case requiring such a decision come before it, to say that such an act was not the law of the land. But where the law is not prohibited, and is really calculated to effect any of the objects intrusted to the Government, to undertake here to inquire into the decree of its necessity would be to pass the line which circumscribes the judicial department and to tread on legislative ground. This Court disclaims all pretensions to such a power.”



de competência federal e passou a dar maior amplitude à doutrina. O contexto social e político dessa decisão explica, em grande parte, a posição da Corte. Após a grande depressão, houve a necessidade de reestruturação da economia estadunidense, em especial sob a égide do *New Deal*, comandado pelo presidente Roosevelt. No mesmo passo em que houve a ampliação dos poderes federais, a Suprema Corte passa a usar critérios menos rígidos em seu controle de constitucionalidade dos Poderes Implícitos (HODUN, 2015, p. 99).

Em 1935, foi aprovado o Nation Labor Relations Act, que criou um comitê nacional para o controle das relações trabalhistas. Esse comitê expediu uma ordem para que a empresa Jones & Laughlin Steel Corp. deixasse de realizar práticas discriminatórias (HODUN, 2015, p. 100). Após a empresa descumprir a ordem, o comitê tentou obrigar sua execução, acionando a Corte de Apelação. A referida Corte, contudo, concluiu que esse tipo de ordem estaria fora do escopo de atuação do governo federal, motivo pelo qual não poderia ser judicialmente reconhecida para compelir a empresa a cumpri-la (UNITED STATES, 1937, p. 22).

Em 1937, no julgamento do caso NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., o entendimento da Suprema Corte estadunidense foi diverso. Em votação de 5 a 4, desempatada pelo *chief justice* Hughes, que redigiu a opinião da Corte, foi no sentido de declarar a validade da regulação federal das relações de trabalho por sua relação íntima com a *commerce clause*. Nesse sentido, segundo seu voto:

as atividades possam ser de caráter intraestadual quando consideradas separadamente, se elas possuem uma relação tão próxima e substancial com o comércio interestadual que seu controle é essencial ou apropriado para proteger o comércio de barreiras e obstruções, o Congresso possui o poder para exercer esse controle<sup>12</sup> (UNITED STATES, 1937, p. 37).

Assim, a Corte reconheceu que “o Congresso possui a autoridade constitucional, para a proteção do comércio interestadual, de proteger os direitos dos empregados<sup>13</sup>” (UNITED

<sup>12</sup> Tradução livre. No original: “Although activities may be intrastate in character when separately considered, if they have such a close and substantial relation to interstate commerce that their control is essential, or appropriate, to protect that commerce from burdens and obstructions, Congress has the power to exercise that control”.

<sup>13</sup> Tradução nossa. No original: “Congress had constitutional authority, for the protection of interstate commerce, to safeguard the right of the employees”.

STATES, 1937, p. 37). Todavia, a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo permaneceu a mesma, de modo que ao Legislativo competia a criação do poder implícito, e, ao Judiciário, somente fazer o juízo adequação constitucional. Logo, apenas os filtros de aplicação da *proper clause* foram abrandados.

O *new federalism*, por sua vez, foi marcado pelo arrefecimento dos poderes da União em relação aos Estados Federados, provocado pela onda conservadora convencida de que “[...] o governo federal cresceu muito e os Estados devem receber sua autoridade de volta” (HODUN, 2015, p. 136). O precedente inaugural desse novo período foi *United States v. Lopez* (UNITED STATES, 1995) sobre o *Gun-Free School Zone Act.*, de 1990. A referida lei proibia o porte de armas de fogo em regiões próximas a escolas. O fundamento para a competência federal foi o poder de regular o comércio. Argumentou-se que: a) armas em regiões escolares geram aumento de violência, o que prejudicaria o comércio; b) armas nas escolas abaixariam o rendimento escolar, gerando efeitos negativos à economia (HODUN, 2015, p. 112-113).

A decisão da Suprema Corte foi no sentido de inexistirem poderes implícitos para a regulação da educação e da segurança como decorrência da *commerce clause*. A tônica do voto do *chief justice* Rehnquist, em nome da maioria da Corte, é no sentido de se interromper o caminho de abertura dos períodos anteriores, de modo a se evitar que haja uma competência federal irrestrita<sup>14</sup>:

A linguagem ampla nesses votos sugeriu uma possibilidade de expansão adicional [dos contornos do *commerce clause*], mas nos recusamos a ir além. Fazer isso demandaria que concluíssemos que os poderes enumerados pela Constituição não pressupõem algo não escrito, cf. *Gibbons v. Oregon*, at 195, e que não haveria distinção entre o que é verdadeiramente nacional e o que é verdadeiramente local, cf. *Jones & Laughlin Steel*, supra, at 30<sup>15</sup>. (UNITED STATES, 1995, p. 567-568.)

<sup>14</sup> Para além da corrente majoritária, houve uma corrente que considerou a existência de poder de legislação sobre armamento civil no contexto da regulação do comércio, em especial pelo caráter duplice do armamento, como mercadoria e como item que afeta o comércio (UNITED STATES: 1995; p. 629).

<sup>15</sup> Tradução livre. No original: “The broad language in these opinions has suggested the possibility of additional expansion, but we decline here to proceed any further. To do so would require us to conclude that the Constitution's enumeration of powers does not presuppose something not enumerated, cf. *Gibbons v. Ogden*, supra, at 195, and that there never will be a distinction between what is truly national and what is truly local, cf. *Jones & Laughlin Steel*, supra, at 30”.

Em síntese, desde sua criação, a *proper clause*, como se percebe nos três precedentes analisados, determina o âmbito de *competência legislativa* da União. A depender do momento histórico e político, com nuances mais ou menos restritivas, a balança do poder tende à centralização em prol da União ou ao fortalecimento dos Estados Federados.

### **3. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A análise dos julgados sobre *poderes implícitos* no STF<sup>16</sup> inicia, por sua importância, com o Pedido de Intervenção Federal n. 14, julgado em 1950, sob relatoria do min. Luiz Gallotti. No caso, julgou-se controvérsia acerca das eleições para presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que elegeu, para o mesmo período, dois presidentes distintos. Havia duas questões centrais a serem debatidas: i) o Supremo Tribunal Federal poderia intervir nas eleições internas de um Tribunal de Justiça estadual? ii) em caso de resposta positiva à primeira pergunta, qual intervenção seria adequada no caso concreto?

A Teoria dos Poderes Implícitos foi aplicada em um recorte extremamente pontual – usou-se o raciocínio de meios e fins sem que se estabelecesse qualquer dos critérios restritivos da jurisprudência estadunidense. Segundo Gallotti, que foi unanimemente acompanhado pelo Pleno: “Desde Marshall, ficou consignada nos Estados Unidos a doutrina dos poderes implícitos: se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercê-la” (BRASIL, 1950, p. 18). Desse modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que poderia intervir para garantir a legitimidade de quem faz a admissibilidade dos recursos por ela julgados (i), tendo anulado as duas eleições para a presidência do TJMT e determinado a realização de novas eleições segundo as regras regimentais e legais aplicáveis (ii).

É de se observar as expressões utilizadas pelo ministro e suas ambiguidades: i) “se conferimos” (quem confere? o Poder Constituinte? o Poder Legislativo?); ii) “a uma

---

<sup>16</sup>A seleção dos julgados ocorreu da seguinte forma: foi feita a busca com os termos “poderes implícitos” no sítio do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/>), sendo que essa busca retornou 39 resultados. Desses resultados, porém, 14 não falam da Teoria dos Poderes Implícitos. Assim, a análise se dará em torno de 25 resultados – 9 no primeiro recorte temporal, os 16 restantes no momento constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

autoridade uma função” (a uma autoridade? não haveria aqui a passagem do tema da competência legislativa para a material?). De fato, a decisão permitiu que os meios para a execução dos poderes constitucionais expressos fossem criados diretamente pelo Poder Judiciário, sem qualquer forma de anuência legislativa, uma vez que o *poder implícito* não foi criado por edição de lei, ao revés, por decisão judicial. Logo, não houve fixação de **competência legislativa**, mas **material**.

No Recurso Extraordinário (RE) n. 17.468/DF (1951), sob relatoria do Min. Orosimbo Nonato, foi analisado se lei federal poderia determinar isenção de imposto devido a outro ente federativo – município de Santos – em benefício de empresa concessionária de serviço público. O ministro relator citou Marshall, apontando a impossibilidade de que outros Entes Federados taxassem a União, no exercício de suas atividades constitucionalmente estabelecidas (BRASIL, 1951, p. 506). Ou seja, decidiu-se que outro ente federado, no caso a Prefeitura de Santos, não poderia taxar a União no exercício de suas atividades, o que se aplica aos concessionários de serviço público de competência da União.

Em relação aos *poderes implícitos*, estes são invocados para afirmar que a União pode legislar em termos de isenção de imposto de competência de outro ente federativo, ante a existência de interesse da União na regulação de certos setores da economia nacional:

Mas, certos interesses há, tão altos e tão relevantes, e que dizem para a vida nacional mesma, que sua disciplina é entregue à União. L, então se trata, de saber se a realidade, de sobre eles legislar, com exclusividade, outorga, também, à União, o poder implícito de eliminar, no caso, a incidência de quaisquer impostos... A isenção geral de impostos a certas atividades essenciais à vida econômica do país, liga-se ao poder que tem a União de decretar leis necessárias ao exercício de suas próprias faculdades. (BRASIL, 1951, p. 509)

Esse julgado, referido em julgados posteriores sobre matéria de isenção fiscal (RE 20.592/SP, RE 22.189/MG, RE 20.587/SP, RE n. 43.353/RJ e RE54.672/MG), aplicou os **poderes implícitos** dentro dos limites estabelecidos no contexto estadunidense, reafirmando a competência legislativa federal para a determinação da isenção fiscal<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Tais julgados não trazem sua fundamentação em precedentes da Suprema Corte estadunidense, mas na já estabelecida jurisprudência do STF sobre a matéria, não demandando mais detalhamento.

No RHC n. 34.823/RS (BRASIL, 1957), sob relatoria do Min. Ary Franco, o STF debateu sobre a licitude da intimação de testemunhas e investigados, e sua eventual condução coercitiva, por parte de uma Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul<sup>18</sup>. O plenário afirmou em decisão unânime os poderes da CPI, “[...] pois a intimação decorre dos poderes implícitos da Comissão de Inquérito, pois, do contrário, as suas atividades se reduziriam a ficar no papel, estaria completamente tolhida em suas diligências” (BRASIL, 1957, p. 3). Desse modo, sem explicitar o que seriam **poderes implícitos**, aplicou-os dentro do contexto de meios e fins.

Embora essa decisão pareça inadequada dentro dos contornos estabelecidos pela Corte Marshall, esse julgado é um caso limite entre o entendimento de Marshall sobre os poderes implícitos e o entendimento apresentado primeiramente no julgamento do IF 14 pelo STF. A extensão de poderes de uma Comissão Parlamentar de Inquérito amplia os limites de atuação do Poder Legislativo. Todavia, a matéria processual penal é de competência federal, dependente de lei em sentido estrito.

Por sua vez, o RE 47.851/PR, de 1962, sob relatoria do Min. Gonçalves de Oliveira, julgou recurso do Estado do Paraná. No caso, debatia-se a extensão do art. 142 do Decreto-lei nº 9.500, de 1946, que determina que o tempo de serviço militar seja contado para fins de aposentadoria. Inicialmente, o autor, um funcionário público estadual que prestou serviço militar obrigatório, impetrou mandado de segurança para garantir que se aplicasse o referido artigo de lei em dimensão mais ampla que sua previsão expressa, de modo a contar o tempo de serviço militar para a concessão de benefício estadual devido, por lei, a servidores públicos federais.

O mandado de segurança foi julgado inicialmente procedente pela justiça do estado do Paraná, reconhecendo o tempo de serviço militar como parte da contagem para a concessão de benefício requerido. No entanto, o Supremo Tribunal Federal apresentou entendimento mais restritivo e literal do Decreto-lei nº 9.500, de 1946, fundamentando-se em que “[...] a Lei do Serviço Militar, art. 142 é expresso no sentido de que tal tempo se conta para fins de aposentadoria [e disponibilidade]” (BRASIL, 1962, p. 255).

---

<sup>18</sup> Na época era possível a condução coercitiva no direito brasileiro. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da prática de condução coercitiva nos autos das ADPFs 395 e 444.

Neste caso, portanto, a Corte decidiu, por unanimidade e nos termos do voto do relator, que a norma federal se aplicaria somente na extensão de sua previsão expressa a servidores públicos federais. Isso porque:

Foi o mesmo que decidiu *Chief Justice MARSHALL*, do alto de sua cátedra de Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, que êle tanto elevou, no célebre julgado *United States versus FISCHER*, interpretando a jurisprudência da Corte: “O congresso deve escolher os meios que são de fato condutivos ao exercício do poder assegurado pela Constituição.<sup>19</sup>” (V. Westel Woodbury Willoyghby, *The American Constitutional System*, 1914, pag. 142). (BRASIL, 1962, p. 256-257)

Sob a perspectiva aqui trazida, mais importante que o resultado do julgado é a afirmação do relator: o Legislativo é quem cria os **poderes implícitos**, de modo que tais poderes estariam adstritos às determinações legais.

Em seu conjunto, o período que antecede à Constituição de 1988, à exceção da IF 14, em que se criou **competência material**, está marcado por uma aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos que confere centralidade ao Poder Legislativo – de modo que os poderes implícitos reconhecem a competência legislativa. Destaca-se que os casos mais importantes situam-se antes do início da Ditadura Militar (1964), momento histórico em as competências legislativas foram distorcidas pela hipertrofia do Poder Executivo, por meio de atos institucionais, despidos de legitimidade e com mera aparência de legalidade (SILVA, 2011, p. 81).

#### **4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998 E A TEORIA DO PODERES IMPLÍCITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Após a promulgação da Constituição Federal, excluídos os casos que tratam do poder de investigação do Ministério Público, tem-se o seguinte panorama.

No HC 71.039/RJ (1994), o Plenário, sob relatoria do Min. Paulo Brossard, debateu a existência e os limites dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. No caso, o Dep. Fed. Augustinho Valente – presidente da CPI do INSS – teria

---

<sup>19</sup> Tradução livre, no original: “Congress must possess the choice of the means which are in fact conductive to exercise of a power granted by the Constitution”.

determinado a prisão de um investigado. A despeito do reconhecimento dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito – já consagrados no momento constitucional anterior – entendeu-se pela impossibilidade de decretação de prisão pelo Legislativo<sup>20</sup>, uma vez que o poder de decretar prisões competiria somente ao juiz de direito, por previsão constitucional expressa (BRASIL, 1994, p. 57-58). Brossard apontou que os poderes investigatórios do Congresso estariam limitados à extensão de sua competência legislativa ordinária, de modo que não poderia a CPI decretá-la por ausência de previsão constitucional expressa (BRASIL, 1994, p. 296).

O RE 603583/RS – relatado pelo Min. Marco Aurélio em 2011 – tratou da possibilidade de realização do Exame de Ordem, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, como requisito para o exercício da profissão de advogado. O recurso visava o reconhecimento da ilegalidade da necessidade da aprovação no exame para o exercício da profissão. A decisão proferida pelo STF reconheceu, unanimemente, a possibilidade de que o conselho profissional regulasse o exercício da profissão, uma vez que essa é sua competência constitucional expressa e, além disso, o tema é regulado pelo art. 84 da Lei n. 8.906/94. Embora não tenham sido os **poderes implícitos** o cerne do debate, há referência a tais poderes no voto do Min. Lewandowski, que afirmou que o exame de ordem seria um meio para o exercício da competência constitucional de regulação da atividade profissional, chegando a citar até mesmo o entendimento adotado por Marshall em *McCulloch v. Maryland*:

Eu queria rememorar uma teoria bastante interessante e já clássica, a Teoria dos Poderes Implícitos. Essa Teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos longínquos idos de 1819. O Ministro Celso de Mello, certamente, lembra-se bem do caso *McCulloch x Maryland*.<sup>21</sup> Tratava-se de uma discussão dos poderes dos Estados que não estavam explicitados na Constituição. Então, desenvolveu-se essa Teoria, segundo a qual, quando se confere a um determinado órgão estatal certas competências, implicitamente se delega a esses mesmos órgãos os meios para executá-las. (BRASIL, 2011b, p. 63)

<sup>20</sup> Aqui, os poderes **implícitos** são citados no simples contexto da relação de meios e fins para atingimento de poder constitucional.

<sup>21</sup> Como se verá nas decisões judiciais específicas sobre os poderes investigatórios do MP, o min. Celso citou reiteradas vezes a fundamentação de Marshall em *McCulloch v. Maryland*, apresentando, em todos os casos, a mesma compreensão sobre qual seria o entendimento majoritário comandado por Marshall.

O voto não tratou, entretanto, dos contornos da Teoria dos Poderes Implícitos, apenas tendo considerado sua incidência no caso concreto. De qualquer modo, resta evidenciado que se trata de um caso de competência material que já estava constitucionalmente previsto.

No julgamento de medida cautelar na ADI 4638/DF, o tribunal debateu sobre a possibilidade de o CNJ, por ser responsável pelo controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, controlar e fiscalizar os magistrados no exercício de seu dever funcional. O motivo determinante para a possibilidade de investigação pelo CNJ advém do art. 5º, §2º, da Emenda Constitucional n. 45, que determinou expressamente que “[...] até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor”. Para além disso, há manifestações no sentido de se aplicar os poderes implícitos. Assim apontou o Min. Gilmar Mendes:

Como se vê, a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37. Desses poderes discricionários decorrem poderes administrativos “inerentes” ou “implícitos” (inherent powers, implied powers). Com efeito, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e de fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício eficaz dessa competência. (BRASIL, 2012, p. 305)

Desse modo, o entendimento do que seriam os **poderes implícitos** teve contornos bem particulares, pois a emenda constitucional criou uma hipótese híbrida em que a competência legislativa poderia ser exercida por um dos órgãos de execução, com competência material.

Os julgados do período, salvo a caso referente à CPI, eram situações nas quais se discutia a competência material de um órgão interno do controle administrativo (CNJ) ou uma entidade autônoma, com natureza peculiar de serviço público (OAB). Nos debates, a Teoria dos Poderes Implícitos foi sendo reduzida paulatinamente a um brocardo jurídico referente à relação entre meios e fins. Essa limitação do argumento será central para a fundamentação do julgado sobre os poderes investigatórios do Ministério Público.

## 5. OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A TEORIA



## DOS PODERES IMPLÍCITOS

Em 2009, no julgamento do HC 91661/PE, a relatora, Min. Ellen Gracie, fundamentou que, competindo ao Ministério Público propor a ação penal, e sendo as investigações um meio para formar a convicção do MP e instruir a ação penal, haveria **poder implícito** para que o Ministério Público investigasse:

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. (BRASIL, 2009<sup>a</sup>, p. 280)

Desse modo, seguiu o entendimento estabelecido sob a constituição anterior, mas, como boa parte dos julgados, limitando-se a apresentar os *poderes implícitos* pela lógica de *meios e fins*, de modo que houve ampliação dos poderes do Ministério Público sem que houvesse qualquer previsão legislativa no sentido de criar tais poderes implícitos<sup>22</sup>.

Em seguida, há um grupo de julgados em 2009 sob relatoria do Min. Celso de Melo – HC 85419/RJ, HC 89837/DF, HC 90099/RS, HC 87610/SC e HC 94173/BA. Estes julgados possuem os mesmos fundamentos<sup>23</sup>, servindo de exemplo o primeiro deles.

No HC 85419/RJ, o raciocínio do relator foi de que o Ministério Público tem a função de controle externo da polícia e nas investigações policiais deve agir em cooperação (BRASIL, 2009b, p. 19). Logo, o órgão ministerial poderia investigar por autoridade própria (BRASIL, 2009b, p. 21). Em sua fundamentação, indicou que McCulloch instituía justamente a relação de **meios e fins**, sem se aprofundar sobre os contornos estabelecidos pelo julgador ou pela Corte Marshall em relação às competências constitucionais:

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 312, item n. XI, 18<sup>a</sup> ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND

<sup>22</sup> O RE 468523/SC, também relatado pela ministra Gracie em 2009, teve objeto idêntico e, pelos mesmos fundamentos, reafirmou os poderes investigatórios do Ministério Público. Novamente, foi unanimemente acompanhada pela 2<sup>a</sup> Turma do STF.

<sup>23</sup> A decisões foram unânimes no sentido de se reconhecer os poderes investigatórios do MP.

(1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (BRASIL, 2009b, p. 34)

Desse modo, independentemente da ausência de previsão legal expressa, foi reconhecida, novamente, a possibilidade de o Ministério Público promover investigações autônomas por meios dos **poderes implícitos**, resultando, mais uma vez, no reconhecimento de **poder implícito** em caso de competência material.

No HC 93930/RJ (2010), que versava sobre a legitimidade investigatória do MP em relação à atividade policial, o relator, Min. Gilmar Mendes, corroborou a solução anterior. Em suas palavras, enquanto o STF não delimitar o âmbito da aplicação dos poderes investigatórios, “[...] é lícito ao Ministério Público investigar, obedecidos os limites e controles ínsitos a esta função” (BRASIL, 2010, p. 4). Contudo, há que se reconhecer que Mendes apontou os poderes investigatórios do MP no caso como decorrência expressa do dever constitucional que o Ministério Público possui sobre a polícia, reconhecendo sua validade em um contexto excepcional.

A partir de 2015, houve consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos poderes investigatórios do Ministério Público, uma vez que as decisões anteriormente tomadas pela Segunda, foram decididas pelo plenário no RE 593.727/MG<sup>24</sup>.

O julgamento foi marcado por duas correntes que apresentaram os principais argumentos sobre os quais se manifestou o STF, defendendo posições opostas. A primeira – aqui representada pelo voto do Min. Cezar Peluso – entendeu pela inexistência de **poder implícito** do MP em relação à investigação de infrações penais – ressalvados os casos expressamente autorizados por lei; a segunda, cujos votos centrais foram os dos Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello, considerando a existência dos **poderes implícitos**, entendeu pela possibilidade ampla de investigação criminal pelo Ministério Público.

O Ministro Cezar Peluso, líder da corrente minoritária, fundamentou seu voto na ausência de previsão constitucional para que o MP investigasse infrações penais (BRASIL,

---

<sup>24</sup> Os fundamentos usados no julgamento deste recurso foram replicados nos votos do HC 84548, que, por isso, deixa de ser tratado neste trabalho. O mesmo se aplica à AP 611, em que o min. Fux usou os fundamentos de seu voto nos autos do RE n. 593.727/MG.

2015, p. 27). Seguiu afirmando, em citação direta a José Afonso da Silva, que só seria aplicável a Teoria dos Poderes Implícitos na inexistência da fixação constitucional dos meios de execução do poder amplo, pois:

Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos. Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

[...] No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público”. (SILVA, 2004 *apud* BRASIL, 2015a, p. 26)

Assim, posto que a Polícia Judiciária possui a competência material de investigar infrações penais<sup>25</sup> (BRASIL, 2015, p. 26-27), não poderia caber também ao Ministério Público a mesma competência material, uma vez que ausente previsão constitucional. Segundo o referido ministro, “o Poder Público, no Estado Democrático de direito, só pode agir estritamente *secundum legem*” (BRASIL, 2015, p. 38), não cabendo poderes investigatórios não expressos em lei.

Assim, a posição acima exposta indica que os poderes implícitos são secundários, somente podendo ocorrer: i) em casos excepcionais e ii) em não havendo texto explícito constitucional ou legal disciplinando aquela competência ou exercício daquele poder.

A outra corrente, que se sagrou vencedora, entendeu pela aplicabilidade irrestrita dos *poderes implícitos* de investigação do MP. Para o Ministro Gilmar Mendes:

a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função. b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária. c) teoria dos poderes implícitos. d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo Parquet. (BRASIL, 2015, p. 79)

<sup>25</sup> No art. 144 da Constituição Federal, no §1º em relação à Polícia Federal e no §4º em relação à Polícia Civil.

Nesse sentido, entendeu-se que, uma vez que a Constituição Federal não trata da exclusividade da polícia judiciária para realizar investigações, não se pode inferir tal vedação (BRASIL, 2015, p. 88). Além disso, segundo referido ministro, o art. 4º do CPP permite a outros órgãos com competência conferida por lei investigarem infrações penais, sendo a investigação possível devido a regulamentação da Resolução 13 do CNMP. Observe-se, porém, que o art. 4º do Código de Processo Penal, em seu §1º, não veda poderes investigatórios “[...] de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função<sup>26</sup>” (BRASIL, 1984, s.p.). Contudo, o voto não trata da distinção entre regulamento e lei.

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, indicou a existência do inquérito policial “como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público”, que seria “[...] o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela polícia judiciária” (BRASIL, 2015, p. 108.). Mostrou, ademais, que o inquérito seria um meio possível para que se chegasse à ação penal, mas não o único (BRASIL, 2015, p. 109). Tratou, o referido voto, da relação de *meios e fins*, afirmando que a amplitude dos deveres constitucionais dados ao MP implicariam na competência implícita para que a instituição tivesse “[...] os meios necessários à plena realização de suas finalidades jurídico-institucionais” (BRASIL, 2015, p. 122). Evidenciou ser o voto de Marshall em *McCulloch* o fundamento para o raciocínio de meios e fins presente em seu voto, usando a mesma citação de Marshall já apresentada em julgado anterior (BRASIL, 2015, p. 123).

Por fim, ao acompanhar os votos proferidos por Gilmar Mendes e Celso de Mello, a maioria dos ministros do STF entendeu pela possibilidade ampla de investigação pelo Ministério Público (BRASIL, 2015, p. 2).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria dos Poderes Implícitos assumiu, ao largo da trajetória constitucional brasileira, contornos distintos dos de sua criação nos Estados Unidos.

---

<sup>26</sup> Grifos nossos.

Nos EUA, em *McCulloch v. Maryland* (1819), a teoria surge como regra de fixação de **competência legislativa**, passando a permitir que o legislador federal possa criar determinadas normas vinculando os estados federados. As tensões políticas, sociais e econômicas de centralização e descentralização legislativa, marcam o papel da Suprema Corte Estadunidense e os diversos momentos dessa doutrina (HAMILTON *et al.*, 1787; N° 45, p. 237/240).

No contexto brasileiro, pode-se perceber dois grandes momentos e uma tendência geral no padrão argumentativo. Antes da Constituição de 1988, a teoria ainda guarda semelhança com o contexto de origem, porém, ao longo dos julgados, percebe-se a sua simplificação para indicar uma relação simples de meios e fins. Após 1988, esse padrão se acentua, momento no qual a Teoria dos Poderes Implícitos é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a existência de **competências materiais** de entidades e órgãos, notadamente os poderes investigatórios do Ministério Público.

A criação da Teoria dos Poderes Implícitos no cenário estadunidense representa uma resposta a uma Constituição que, dadas as difíceis regras sobre a possibilidade de emenda constitucional, não pode ser atualizada explicitamente quanto às novas funções assumidas pelo Estado Federal e a necessidade de garantias de direitos sociais. Ao passo que, no caso brasileiro, além da relativa juventude e facilidade de alteração, nossa Constituição possui extensa regulamentação da divisão de competência e de direitos sociais (TAVARES, 2012, p. 97).

Mais do que isso, o uso da teoria que retira elementos implícitos da constituição possui contornos distintos nos Estados Unidos e no Brasil, uma vez que a constituição brasileira regula as competências constitucionais de forma muito mais detalhada que o feito pela constituição estadunidense.

A trajetória apresentada sugere que, se em seu contexto de origem estadunidense, a Teoria dos Poderes Implícitos fortalecia o legislador federal. No Brasil, o STF criou uma versão da teoria que fortalece o ativismo judicial da Corte e, especialmente, valida a criação de competências materiais não previstas expressamente em lei ou na Constituição de órgãos ou entidades.

Por derradeiro, há que se observar que, nos Estados Unidos, em temas referentes ao devido processo penal constitucionalmente garantido, a Suprema Corte também exerceu intenso ativismo, limitando as soluções adotadas pelos legislativos estaduais (DUARTE; SILVA, 2021, *passim.*). Todavia, o fez em nome dos direitos fundamentais e do caráter contra-majoritário de alguns temas, diferentemente no que ocorre na ampliação dos poderes dos agentes de persecução penal do estado, em que se exerce um ativismo de caráter majoritário, ampliando-se o poder do elo mais forte da relação jurídica Estado-jurisdicionado: o Estado.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. M. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 45**. DOU 31.12.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1950]. **IF 14**. Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, DJ 26 jan.1950, p. 00880.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1951]. **RE 17468**. Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, DJ 05 abril 1951, p. 02810, EMENT v. 00032-02 p. 00496, ADJ 18 set. 1951, p. 02812.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1957]. **RHC 34823**. Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, DJ 06 jun. 1957, p. 08617, EMENT v. 00299-03, p. 01119.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1965]. **RE 43353**. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Segunda Turma, julgado em 26 out. 1965, DJ 09-02-1966 PP-00257 EMENT v. 00643-01 p. 00125.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1965]. **RE 47851**. Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, Primeira Turma, DJ 10 maio 1962, p. 00939, EMENT v. 00498-01, p. 00253, RTJ v. 00022-01, p. 00293.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1994]. **HC 71039**. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 07 abril 1994, DJ 06 dez. 1996, p. 48708, EMENT v. 01853-02, p. 00278.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2009a]. **HC 91661**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10 mar. 2009, DJe-064, DIVULG 02 abril 2009, PUBLIC 03 abril 2009, EMENT v. 02355-02, p. 00279 RTJ, v. 00211-01, p. 00324,

RMDPPP, v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109, LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 339-347, RMP n. 43, 2012, p. 211-216.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2009b]. **HC 85419**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20 out. 2009, DJe-223, DIVULG 26 nov. 2009, PUBLIC 27 nov. 2009, EMENT v. 02384-02, p. 00252.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2010]. **RE 468523**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01 dez. 2009, DJe-030, DIVULG 18 fev. 2010, PUBLIC 19 fev. 2010, EMENT v. 02390-03, p. 00580, RT v. 99, n. 895, 2010, p. 536-544 JC v. 36, n. 120, 2010, p. 144-160.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2011a]. **HC 93930**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe-022, DIVULG 02 dez. 2011, PUBLIC 03 fev. 2011, EMENT v. 02456-01, p.00018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2011b]. **RE 603583**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26 out. 2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102, DIVULG 24 mai. 2012, PUBLIC 25 mai. 2012, RTJ, v. 00222-01, p. 00550.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2014]. **ADI 4638. MC-Ref.** Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08 fev. 2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213, DIVULG 29 out. 2014, PUBLIC 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2015]. **RE 593727**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14 mai. 2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-175, DIVULG 04 set. 2015, PUBLIC 08 set. 2015.

DUARTE, E. P.; SILVA, T. C. A interpretação da prova ilícita como garantia processual penal na Suprema Corte dos Estados Unidos, de Weeks (1914) a Hering (2013): breves apontamentos sobre a convergência axiológica, ou não, com a prova ilícita no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, v. 27, p. 216, 2021.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James [1787]. **Federalist - a commentary on the Constitution of the United States**. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co., 1864.

HODUN, Milozs. **Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Politics – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America**. 2015. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) - School of Law, Reykjavik University. Reykjavík: Islândia, 2015.

LEIMIEUX, S. Judicial Supremacy, Judicial Power, and the Finality of Constitutional Rulings. **Perspectives on Politics**, v. 15, n. 4, p. 1067-1081, 2017.

PAIXÃO, Cristiano. **História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional**. Brasília – DF: Editora UnB, 2008.

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul./set. 2004.

SILVA, Jose Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNITED STATES. **Banckruptcy Act. of Mars**. 1797.

UNITED STATES. **U. S. Constitution**, 1788.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **United States v. Fisher**. 6 U.S. 2 Cranch 358 358, 1805.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **McCulloch v. Maryland**. 17 U.S. 4 Wheat. 316 316, 1819.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corp**. U.S. n. 241, 1937.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **United States v. Lopez**. 514 U.S. 549, 1995.

WHITTINGTON, Keith E. The Place of Congress in the Constitutional Order. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 40, n. 3, p. 573-601, 2017.

*Data da submissão: 07/04/2021*

*Data da primeira avaliação: 30/08/2021*

*Data da segunda avaliação: 06/09/2021*

*Data da aprovação: 06/09/2021*



**O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
AS RAZÕES DE UMA “CIRANDA” JURISPRUDENCIAL***THE FORUM BY PREROGATIVE IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE  
REASONS FOR A “CIRANDA” JURISPRUDENTIAL***João Roberto Silva Ataíde<sup>1</sup>****Ilton Norberto Robl Filho<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Considerado um apanágio a proteger o exercício das funções públicas de demandas frívolas e perseguições políticas, as regras do foro por prerrogativa tem passado por constantes alterações através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Tribunal tem modificado a compreensão e o assentamento de regras processuais do instituto, ainda que o cenário apontasse para uma escassa, e praticamente imutável, previsão normativa sobre o assunto. A pesquisa, então, denomina esse fenômeno de intensa mutação de jurisprudência sobre o foro por prerrogativa de “ciranda” jurisprudencial. Dessa forma, o escrito busca investigar as razões dessa ciranda interpretativa através da análise de decisões que representaram quebras de paradigmas sobre o foro por prerrogativa. Essas decisões vão desde o julgamento, em 1999, do Inquérito n.º 687-SP, que rompeu com centenária jurisprudência sobre o assunto, até o ano de 2018, na maior alteração já realizada sobre o instituto no julgamento da Ação Penal n.º 937-RJ. Através da análise dos votos dos Ministros, são perceptíveis elementos como o individualismo dos julgadores, a estrutura deliberativa do Tribunal, a força da opinião pública e o cenário político nos votos do Colegiado. Neste sentido, o artigo dedicou-se a avaliar como esses fatores internos e externos ao Tribunal influenciaram nas tomadas de decisão dos membros da Corte sobre o tema.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP (2021). Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus (2014). Graduado em Direito pela Universidade de Rio Verde – UniRV (2006). Professor Substituto na Universidade Federal de Goiás – UFG (2016-2017). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Seccional de Goiás. Contato: joaorobertoataide@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8993440310308354>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2827-4834>.

<sup>2</sup> Doutor (2012) e Mestre (2008) em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Realizou Pós-Doutorado (1º Semestre de 2015) em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto – Canadá (2012) e do Max Planck em Heidelberg – Alemanha (2013). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFPR e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6850075090457033>.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Foro por prerrogativa. Supremo Tribunal Federal. Mutação. Política.

**ABSTRACT:** Considered an attribute to protect the exercise of public functions from frivolous demands and political persecution, the rules of the forum by prerogative have undergone constant changes through the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. Since 1988 when the promulgation of the Constitution, the Court has modified the understanding and establishment of procedural rules of the institute, even though the scenario pointed to a scarce, and practically immutable, normative provision on the subject. The research, then, calls this phenomenon of intense mutation of jurisprudence on the forum by the prerogative of “ciranda” jurisprudence. Thus, the article seeks to investigate the reasons for this interpretative circle through the analysis of decisions that represented paradigm shifts about the forum by prerogative. These decisions range from the 1999 judgment of Inquiry n. 687-SP, which broke with centuries-old jurisprudence on the subject, until 2018, in the biggest change ever made to the institute in the judgment of Criminal Action n. 937-RJ. Through the analysis of the Ministers' votes, elements such as the individualism of the judges, the deliberative structure of the Court, the strength of public opinion and the political scenario in the votes of the Collegiate can be perceived. In this regard, the article was devoted to evaluating how these factors, both internal and external to the Court, influenced the decision-making of the members of the Court on the subject.

**Keywords:** Judicial review. Forum prerogative. Brazilian Supreme Court. Mutation. Politics.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal: uma “ciranda jurisprudencial; 3. Das decisões sobre o foro por prerrogativa: o que move a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?; 3.1. A política no Supremo Tribunal Federal; 3.2. Da opinião pública como fator decisório; 3.3. O temor pela prescrição como fator decisório. 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Conforme a perspectiva tradicional, a competência por prerrogativa de função, ou simplesmente foro por prerrogativa, em sua particularidade, ocasiona o início de uma ação penal se dê imediatamente em um colegiado. Em outras termos, essa prerrogativa faz com que a ação seja proposta diretamente em órgão de segunda ou instância superior, que, por sua vez, executará as funções de investigação, instrução e julgamento do processo, como se juízo da primeira instância fosse. (MARCHIONATTI, 2019, p. 1)

Considerando essa dinâmica, Fernando da Costa Tourinho Filho aduz que o foro por prerrogativa se constitui como apanágio que determinadas pessoas detêm de serem processadas e julgadas diretamente nos Tribunais, por exercerem relevantes funções no

cenário jurídico político (TOURINHO FILHO, 2012). O objetivo do instituto, de natureza predominantemente constitucional e política, é permitir que determinadas autoridades desempenhem suas funções com autonomia e independência, cujos atos, caso questionados, dever-se-ão ser julgados com imparcialidade por um colegiado forte e imune a pressões externas. (STF, ADI 2.587)

O foro por prerrogativa sempre existiu na história do constitucionalismo brasileiro, estando presente em todas as versões das Cartas Magnas pátrias, fossem as imperiais, republicanas ou ditatoriais. E em todas essas Cartas, atribuiu-se à mais alta Corte do Judiciário a competência para julgar as máximas autoridades do país, função que no atual regime Constitucional é exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de sempre presente em todos os textos constitucionais pátrios, é possível notar que a Carta Magna, costumeiramente, se limitou em enumerar o rol de autoridades com direito a foro por prerrogativa, não especificando de que forma essas regras seriam aplicadas. Essas regras, ao longo dos anos, foram definidas pela jurisprudência do STF que, em considerável número de oportunidades, especialmente na vigência da atual Constituição, as modificou. E essa constante mutação de entendimento e aplicação de regras sobre o foro por prerrogativa recebeu, por parte da pesquisa, a denominação de “ciranda jurisprudencial”.

As consequências dessas constantes alterações, que ocorreram sob as mais diversas argumentações, não tem sido exatamente benéficas, tendo em vista um quadro de insegurança jurídica provocado pelos contraditórios conteúdo das decisões, além da inconstância jurisprudencial sobre o tema. Em um cenário de escassa previsão normativa sobre o instituto, bem como a ausência de alterações das normas, quais foram os argumentos, fundamentos e critérios tem sido usado pelos Ministros para estender ou restringir o foro por prerrogativa? As decisões tomadas estão consoantes à essência do foro por prerrogativa? Há fatores explicativos da variação na definição dos marcos referenciais?

Sem a pretensão de esgotar todos os fenômenos aptos a responder as perguntas então formuladas, o presente artigo analisará, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, os *leading cases* sobre o tema, assim considerados os casos decididos pelo Supremo que representaram mudanças de paradigmas na compreensão e aplicação do foro por prerrogativa no Tribunal. Nas razões apresentadas pelos Ministros através dos votos, buscar-se-á

desenvolver as principais as motivações de tantas mudanças jurisprudenciais sobre o foro por prerrogativa, com destaque para os fatores (i) política, (ii) opinião pública e (iii) prescrição.

Nesse sentido, a investigação sobre os fatores que move, a ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa, permitirá ao leitor perceber como a mais alta Corte do Judiciário brasileiro lida com os mais diversos fatores, endógenos ou exógenos, aptos a influenciar em suas decisões.

## **2. O FORO POR PRERROGATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA “CIRANDA JURISPRUDENCIAL”**

Em 2008, em entrevista ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes denominou de “ciranda de processos” o movimento que as ações penais contra autoridades talhavam pelas diversas instâncias judiciais. Esse fenômeno ocorria por conta das frequentes mudanças de cargo público dos acusados que, por sua vez, provocavam alteração de competência. Esse movimento, então, era tido como o responsável por acarretar uma demora no julgamento das ações decorrentes do foro por prerrogativa, cuja resolução poderia ocorrer, segundo o Ministro, por uma revisão na jurisprudência do Supremo. (STF, 2008)

Mais que uma simples entrevista, as palavras do então Presidente do STF revelavam o *modus operandi* da mais alta Corte do Judiciário nacional quando deparada com as disfuncionalidades do foro por prerrogativa no Tribunal: o de que aqueles problemas poderiam ser combatidos via mudança de jurisprudência, tendo em vista a escassez de normas sobre a temática, e a indisposição do Legislativo para criá-las. Nesse sentido, como as questões controvertidas sobre o foro penal originário eram rotineiras na pauta do Tribunal, o Supremo era constantemente obrigado a alterar sua jurisprudência a corrigir e adequar sua prestação jurisdicional. Por essa razão, as muitas modificações da interpretação sobre o foro por prerrogativa na jurisprudência do STF, inspirada na expressão do Min. Gilmar Mendes, é denominada neste escrito de “ciranda jurisprudencial”.

Na vigência da atual Constituição, essa ciranda tem seu marco inicial quando do julgamento de Questão de Ordem no Inquérito nº 687-DF, ocorrido em 1999. Até então,

prevalecia o sesquicentenário entendimento insculpido através da Súmula n° 394, criada em 1964. Seu texto consagrava o entendimento de que cometido o crime durante o exercício do cargo, prevaleceria as regras da competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal fossem iniciados após a sua cessação (CANOTILHO, 2018, p. 1.471). Era o que se denominava, pela doutrina, de *perpetuatio jurisdictionis*. (SANTOS, 1985, p. 269)

Todavia, sob argumentos como o princípio republicano da igualdade, elevado número de ações penais na Corte, e ausência do conteúdo da Súmula n.º 394 na Carta de 1988, o Plenário do STF cancelou o verbete no julgamento em questão. Dessa forma, o fim do exercício do cargo ou função pública também acarretaria no fim competência do Supremo para julgar o caso, independentemente da natureza e do momento da prática do delito. (MARCHIONATTI, 2019, p. 71-72).

Em 2002, novamente a temática foro por prerrogativa voltou ao Supremo, dessa vez através das ADI's n.º 2.797/DF e n.º 2.860/DF, que contestavam a constitucionalidade da Lei 10.628/2002. Essa lei, que reintroduzira a *perpetuatio jurisdictionis* aos ex-detentores de cargos públicos, foi qualificada pela Corte como “clara e evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula n.º 394”. Desse modo, o STF julgou a lei inconstitucional, afirmando que a legislação ordinária não poderia impor uma última e determinada interpretação da Constituição, missão essa precípua do Tribunal. E, novamente, o Supremo pôs fim ao foro por prerrogativa aos ex-detentores de cargos públicos.

Já em março de 2006, o Supremo, no julgamento de Q.O. no Inquérito n.º 2.245-MG, que posteriormente deu origem à Ação Penal n.º 470, modificou a aplicação das regras do foro por prerrogativa ao ampliar seu o alcance a pessoas que não o possuíam. No caso em questão, considerando que apenas seis dos quarenta acusados detinham a prerrogativa de serem julgados pelo STF, a Corte, alterando sua jurisprudência até então dominante (STF, HC n.º 73.423-RJ), afastou a possibilidade do desmembramento do caso, e se considerou competente a julgar todos os acusados. O receio de decisões conflitantes na primeira e segunda instância, e dessas instâncias em relação ao STF sobre o mesmo caso, compôs a argumentação da tese vencedora.

Chegado o final dos anos 2000, a ciranda jurisprudencial no Supremo continuou a se

movimentar quando o Tribunal tratou, de maneira diversa, dois casos de circunstâncias praticamente idênticas. Na Q.O. da Ação Penal n.º 333-PB, julgada em 2007, a renúncia do acusado ao cargo de Deputado Federal, em momento próximo ao julgamento, resultou no fim da competência da Corte. Para os Ministros, a renúncia se mostrava como ato legítimo e, não mais ostentando o acusado da condição de parlamentar, não havia outra saída senão a remessa dos autos à instância inicial. Todavia, apenas três anos depois, quando do julgamento da Q.O. na Ação Penal n.º 396-RO, a renúncia do congressista acusado às vésperas do julgamento foi considerada como fraude processual, tendo em vista a proximidade de ocorrência de prescrição punitiva. O STF, então, pugnou pela a ineficácia da abdicação do cargo, e mantendo sua competência, julgou e condenou o acusado.

No mesmo ano de 2010, em Questão de Ordem no julgamento da Ação Penal n.º 536-MG, o Supremo retomou o entendimento firmado na A.P. n.º 333-PB, afirmando que a renúncia do acusado cessaria o mandato e, conseqüentemente, a competência penal da Corte. Neste julgamento, tentou-se fixar um momento em que a renúncia do acusado não mais surtisse efeitos quanto à mudança de competência, a se evitar a tão criticada “ciranda de processos”. Todavia, como não houve consenso sobre o momento ideal, a questão continuou indefinida, continuando Ministros e Turmas julgando a questão de modos diversos.

E em 2018, quando do julgamento da Ação Penal n.º 937/RJ, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, promoveu uma sensível modificação na aplicação do foro por prerrogativa. Sob argumentos de excesso de processos e autoridades sob sua jurisdição, além do não exercício de sua vocação de guardião da Constituição, o Supremo decidiu que sua competência se limitaria a crimes praticados no período do exercício do cargo e em razão do seu ofício. Já os delitos sem relação, ou praticados fora do período de exercício de cargo público, a competência caberia agora às Instâncias iniciais. Ademais, definiu-se que a perpetuação da jurisdição do STF nas ações penais dar-se-ia com a publicação de intimação para apresentação de alegações finais.

Todavia, ainda que o Plenário houvesse decidido que caberia às instâncias iniciais para processamento de crimes sem conexão com o exercício do cargo público, o Tribunal, em 2019, quando do julgamento da Reclamação n.º 25.537-DF, mostrou que essa competência não seria plena. Para a maioria dos Ministros, atos instrutórios como busca e

apreensões realizadas nos locais de serviço dos acusados, demandariam de consentimento do Supremo para que tivessem validade, sob pena de usurpação de competência da Corte. Dessa forma, é possível aferir que a decisão na A.P. nº 937/RJ, a qual atribuía a competência à instância inicial para apreciar crimes estranhos ao cargo desempenhado por autoridades, já havia sido alterada de alguma forma.

As modificações de entendimento expostas acima mostram, ainda que superficialmente, a dinâmica da ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa no STF, que nas últimas duas décadas foi modificado em mais de uma dezena de vezes pela Corte. Não se conhece tema ou instituto, no direito brasileiro, que tenha passado por tantas alterações e complementações nesse período. Assim sendo, o que explicaria tal movimento?

### **3. DAS DECISÕES SOBRE O FORO POR PRERROGATIVA: O QUE MOVE A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?**

Entender como o Supremo formula suas decisões diante de fatores jurídicos e não jurídicos é essencial para a devida compreensão da ciranda jurisprudencial quanto ao foro por prerrogativa. Frente a um cenário de inexistência de regras específicas sobre o instituto, é válido investigar e apontar aqueles que seriam os principais propulsores da constante mutabilidade quanto à interpretação das regras do foro por prerrogativa. No presente artigo, elegeu-se aqueles que seriam os três principais, sendo eles a política, a opinião pública e a prescrição, aos quais será realizada breve análise quanto à influência desses elementos nas motivações das decisões da Corte.

#### **3.1. A POLÍTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O termo “política” foi cunhado, inicialmente e com maior notabilidade, por Aristóteles há cerca de dois mil e trezentos anos, o qual veio a defini-la como as ações de todos os homens praticadas dentro da *pólis* visando seu bem estar, seja ele individual ou coletivo. Esse bem geral deveria ser garantido por um Governo, que exerceria o poder supremo do Estado, guiado por uma Constituição deliberada em assembleia geral pelos cidadãos, cuja função estaria na distribuição dos poderes, na definição da forma de Governo e garantia do fim maior da sociedade civil. (ARISTÓTELES, 2006, p. 27)

Já na era moderna, o termo política teve seu significado original alterado, passando a representar a atividade que tem como referência a “*pólis*” (ou simplesmente o Estado), sendo nominada como “doutrina do Estado”, “ciência política ou “filosofia política” (BOBBIO, 1998, p. 954). Conquanto, apesar da nomenclatura utilizada, ao presente escrito interessa a discussão sobre o primado da Constituição e sua relação com a política e o Estado, a qual desenvolveu-se com maior intensidade ao fim do século XVIII. (BERCOVICI, 2004, p. 5)

No Estado brasileiro, a Carta Magna de 1988 conferiu ao STF um amplo poder de imprimir a última palavra sobre temas constitucionais no sistema político, sendo expressamente denominado de guardião da Constituição Federal. Todavia, a amplitude do texto constitucional fez com que praticamente todas as matérias, inclusive as de cunho político, fossem inseridas em seu escrito, reduzindo assim o campo de liberdade de administradores e legisladores. Dessa forma, qualquer movimento mais brusco dessas autoridades, poder-se-ia levantar dúvidas sobre sua constitucionalidade e, portanto, levar o Supremo a se pronunciar. (VIEIRA, 2008, p. 447)

Por essas razões, ainda que haja alguma controvérsia, admite-se que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal político por participar cada vez mais da gestão do país, nos moldes do conceito aristotélico de política como o de “administração da ‘*pólis*’”. (FALCÃO, 2015, p. 92). A atuação da Corte nessa gestão do Estado se daria através da atividade jurisdicional, julgando os casos de acordo com disposto no texto constitucional, com possibilidade de auxílio das leis ordinárias e da jurisprudência, com independência e poderes também garantidos pela Constituição.

Contudo, em processos onde há o envolvimento de altas autoridades públicas, ou relevantes atores políticos, o Tribunal pode ter sua independência e autoridade testadas (LUNARDI, 2020, p. 125). Esses testes podem se dar tanto na possibilidade de proferir decisões contrárias a grandes interesses, como na coerência dessas decisões quando houver pluralidade de casos a julgar.

Nesse contexto, há decisões sobre o foro por prerrogativa que chamam a atenção pela similaridade de circunstâncias fáticas, mas que receberam do Tribunal Constitucional decisões diversas, sem que houvesse justificativa expressa para isso. Dando azo à ciranda



jurisprudencial sobre o foro por prerrogativa, iniciar-se-á pela análise do conteúdo das decisões na ADI nº 3.289-DF, e ADI nº 2.797-DF/ADI nº 2.860-DF.

Julgada em 05.05.2005, a ADI nº 3.289-DF tinha como objeto de análise uma possível inconstitucionalidade da Lei n.º 11.036/04, que conferia ao Presidente do Banco Central do Brasil a equiparação como Ministro de Estado. Como consequência, o cargo conferiria ao seu ocupante as prerrogativas inerentes à função, como o foro penal originário no Supremo Tribunal Federal. O apanágio, todavia, por força do art. 2º, parágrafo único da lei ora contestada, se estenderia, também, aos ex-ocupantes do cargo, desde que se referisse a fatos praticados no exercício da função.

À época do julgamento, predominava na jurisprudência da Corte o seguimento em que o foro por prerrogativa não seria aplicável aos ex-detentores de cargo ou mandato público, por força do cancelamento da Súmula nº 394, realizado no julgamento do Inquérito nº 687-SP. Todavia, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da Lei nº 11.036/04, garantindo o foro por prerrogativa aos atuais e aos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central.

O julgamento da ADI nº 3.289-DF, no entanto, não representou uma nova orientação sobre o foro por prerrogativa, ou um resgate de uma jurisprudência da Corte sepultada com o cancelamento da Súmula n.º 394. Na verdade, tratava-se de mais um capítulo da ciranda jurisprudencial do instituto. Essa constatação deriva do fato de que, apenas quatro meses depois, em circunstâncias fáticas semelhantes, o Tribunal Constitucional, novamente, alterou seu entendimento.

O caso em questão tratou da ADI nº 2.797-DF, julgada em 15.09.2005, versava sobre possível inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, a qual reestabelecia a competência penal originária do STF aos ex-congressistas por atos praticados em razão do mandato. Essa competência, como dito anteriormente, havia sido extinta juntamente com a Súmula nº 394, por representar privilégios indevidos e ofensa a princípios republicanos, como a igualdade.

Porém, deixando de seguir o precedente da ADI nº 3.289-DF firmado meses antes, mais uma vez, o Supremo mudou sua posição a afirmar que a perpetuação da competência da Corte a ex-detentores de cargos públicos seria inconstitucional. O fundamento consistia ao fato que o legislador infraconstitucional não poderia impor interpretação autêntica da

Constituição por lei ordinária por representar usurpação da competência do STF de interpretar a Constituição. No caso, o cancelamento da Súmula n.º 394 se mostrava como interpretação direta e exclusiva da Lei Fundamental, não podendo, então, ser modificado por ação do Congresso Nacional.

Todavia, em nenhum voto, seja na ADI n.º 3.289-DF, seja na ADI n.º 2.797-DF, houve justificativa, fática ou legal, para o não cumprimento de precedente anterior, ainda que os casos fossem semelhantes. Desta forma, porque a interpretação sobre idêntica ou semelhante questão mudaram substancialmente? (CAMPOS, 2014, p. 296) Sem obter respostas nos votos dos Ministros que explicassem a disparidade de decisões, a única afirmação que se poderia fazer era a ocorrência do uso seletivo da subsunção, fenômeno caracterizado quando dois ou mais casos carregam profunda semelhança e possuem proximidade temporal, mas são decididos de formas distintas. (BENVINDO, 2007, p. 183)

A ausência de coerência no caso em questão representa em um primeiro momento, a violação aos precedentes, cujo respeito se mostra como forma de “preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade”. Não obstante, os precedentes ainda tem o poder de “determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal”. (MARINONI, 2019) Ademais, a quebra de coerência nas decisões pode por gerar forte impacto político, além da configuração de um possível uso político do Tribunal. (BENVINDO, 2007, p. 183)

Todavia, a ausência de coerência por parte do Tribunal também pode significar hipótese de um constitucionalismo seletivo, onde a interpretação constitucional e sua decisão é modificada conforme interesses ou importância do(s) ator(es) envolvido(s). A situação se mostra perigosa na medida em que a tradução da Carta Magna, através da jurisprudência, seja feita não com base em processo mental de elucidar um caso concreto, mas sim a dar roupagem constitucional à decisões políticas tomadas por bases e razões não jurídicas. (LUNARDI, 2020, p. 131) Não bastando, poder-se-ia estar diante de prática de um constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013, p. 195-196) pela falta de isonomia em casos que carregam profunda semelhança e proximidade temporal.

Porém, é necessário registrar que não se pode concluir que a simples ausência ou

presença de coerência, bem como uso ou não de precedentes nas decisões do foro por prerrogativa, por parte do STF, possuem relação com a importância do cargo ou interesses políticos que possam estar em julgamento. Todavia, relevante se faz mostrar que, nos casos apresentados, não houve por parte da Corte uniformidade de tratamento á questões praticamente idênticas, cujas razões para a diferenciação não foram encontradas, ao menos expressamente, nos votos.

### 3.2. DA OPINIÃO PÚBLICA COMO FATOR DECISÓRIO

Não se olvida que umas das mais importantes funções da jurisdição constitucional é a interpretação da Constituição, capaz de estabelecer padrões decisórios sobre seu conteúdo a gerar segurança, previsibilidade e estabilidade nas relações jurídicas, econômicas e sociais. Leciona Konrad Hesse (2009, p. 134) que a interpretação ainda enfrenta o desafio de manter o texto Constitucional atualizado, tendo em vista as possibilidades de eventuais mudanças sociais, políticas e econômicas. Dessa forma, deve-se buscar uma interpretação da Constituição que lhe permita adaptar-se às novas condicionantes e situações.

Nesse mesmo sentido, Peter Häberle (2007, p. 214) ensina que “a jurisdição constitucional é variável, flexível, no tempo e no espaço”, podendo “se converter em autoridade confirmadora da Constituição segundo a fase de desenvolvimento do concreto Estado constitucional que ela contribui a garantir”. Dessa forma, admite-se que a interpretação de algum instituto pode ser modificada ou até mesmo afastada, face a ocorrência de mutações jurídicas ou alteração fáticas justificadoras de uma alteração. (ABBOUD, 2018, p. 523-524)

No caso das normas sobre o foro por prerrogativa, nota-se que desde a promulgação da Carta Republicana de 1988, não houve qualquer alteração quanto à sua previsão no texto Constitucional. Face a inércia do legislativo, coube ao Supremo Tribunal Federal a promoção das mudanças de aplicação das regras do foro por prerrogativa, criando-se, via jurisprudência, critérios de aplicação, de expansão ou retração de sua competência. Nesse quadro, então, pretende-se discutir acerca da suposta influência de um elemento capaz de conduzir o Tribunal Constitucional a uma modificação em sua jurisprudência. Este elemento é a opinião pública, também chamada de vontade popular ou clamor público. (MELLO,

2014, p. 361)

A opinião pública é entendida como um processo derivado de uma livre interação conversacional entre cidadãos no intuito de estabelecer um entendimento ou consenso sobre um tema. Todavia, para que essas opiniões se tornem públicas, é necessário um espaço onde ela se torne visível e possa se expandir o qual, atualmente, é encontrado na mídia, em especial pelo jornalismo (MARQUES, 2004, p. 72) em seus vários meios como televisão, rádio, impressos, internet e redes sociais.

Para a análise que comprovaria, ou não, a influência da opinião pública junto ao STF nos julgamentos que envolvem o foro por prerrogativa, selecionou-se a Q.O. no Inquérito n.º 2.245-DF, julgado em 2006, que mais tarde originou a um dos emblemáticos casos já julgados pelo Supremo: a Ação Penal n.º 470-DF. (MELLO, 2014) Em suma, procedimento apurava um suposto esquema de corrupção que envolvia a compra de apoio político, em especial parlamentares da base governista, para respaldo dos projetos e planos do Governo Federal. Um dos meios de corrupção apurado era o pagamento mensal e em dinheiro a esses parlamentares, levando o caso a ser conhecido popularmente como “mensalão”.

Na medida em que as investigações avançavam e grandes nomes da política se viam relacionados ao esquema de corrupção, a opinião pública e a mídia aumentavam a repercussão do caso. Não sendo o bastante, houve ainda forte pressão da imprensa nacional pela celeridade do julgamento, além da exigência da condenação dos acusados, colocando-se em xeque a reputação dos Ministros em caso de decisão em sentido oposto. No mesmo sentido, a sociedade em geral deixava clara sua predileção pela condenação dos acusados, o que foi confirmado através de pesquisa do “Instituto Datafolha”, onde 83% dos entrevistados afirmavam conhecer o caso, e que 74% deles exigiam a prisão imediata dos acusados/condenados. (ARAÚJO, 2013, p. 77)

Ao fim das investigações, a Procuradoria-Geral da República, acabou por denunciar quarenta pessoas das quais, apenas seis, possuíam foro perante o STF. Até o início do caso “mensalão”, o entendimento do Supremo quanto a essa situação era de que deveriam ser processados e julgados no Tribunal apenas os detentores do foro por prerrogativa, devendo os demais acusados serem demandados nas instâncias inferiores. (LOPES JR, 2018)

Não obstante, havia pressão da opinião pública não só pela punição dos envolvidos,

mas também que o STF julgasse a totalidade dos acusados (O GLOBO, 2012). Sobre o fato, destacou o Min. Alexandre de Moraes que a sociedade brasileira clamava ao Supremo que não desmembrasse o processo, sob pena de ocorrência de impunidade, mostrando uma confiança popular na capacidade da Suprema corte de combate à corrupção. A mesma versão foi endossada pelo Min. Dias Toffoli, para o qual, à época, havia a sensação que o caso jamais seria julgado senão pela atuação do Supremo Tribunal Federal. (STF, AP 937)

Ainda que o art. 80 do Código de Processo Penal permitisse a prática do desmembramento dos autos por excesso de acusados, parte dos Ministros do Supremo concluiu que essa manobra traria prejuízos para o entendimento do caso. Nesse sentido, com o desmembramento, o mesmo caso seria julgado por vários juízos diferentes, o que poderia gerar uma série de decisões contraditórias para um mesmo fato, (PACELLI, 2018, p. 194) gerando insegurança jurídica e um risco de descrédito do Judiciário.

Nos votos dos Ministros, a preocupação com os anseios sociais é percebida no teor das decisões favoráveis ao não desmembramento do Inquérito e, por conseguinte, pela extensão do foro por prerrogativa aos acusados que não a detinham. Destaca-se, nesse ponto, a Min. Cármen Lúcia, que em seu voto afirmou que a sociedade esperava uma resposta jurídica conveniente, acertada e célere, e somente uma jurisdição diferenciada por parte do STF seria capaz de dar a devida resolução àquele caso. A posição da Min. Cármen Lúcia também foi adotada pelo Min. Celso de Mello. (STF, ADI 2245)

O Min. Eros Grau, por sua vez, afirmou que o caso “mensalão” seria citado em anos posteriores quando se tratasse da história do próprio Tribunal e, portanto, a Corte deveria aceitar o desafio e o excesso de trabalho e julgar todo o grupo de pessoas acusadas. Por fim, a então Presidente do STF, Min. Ellen Gracie, por sua vez, afirmou que a Corte estava capacitada e apta para julgar qualquer causa, enquanto o Min. Gilmar Mendes, deixou claro que o caso “mensalão” só estava chegando ao seu final por ter permanecido e concentrado sob a jurisdição do STF. (ARANTES, 2018, p. 355)

Ao final, a maioria da Corte, apoiada nesses e em outros argumentos, decidiu pela competência do STF para julgamento de todos os acusados a evitar prejuízos no julgamento por possíveis contradições quanto ao julgamento do mesmo fato por juízos diferentes. Todavia, o que teria levado a Corte a superar seus precedentes para impor nova posição a

julgar acusados com e sem foro perante o Tribunal, expandindo a aplicação do instituto? Em análise inicial, sugere-se a opinião pública como fator explicativo dessa reviravolta jurisprudencial.

O atendimento à opinião pública pode trazer ao Tribunal um ganho de poder político. No caso em tela, em ocorrendo o desmembramento dos autos, ter-se-ia o quadro de grande deslocamento de processos que estavam sob a jurisdição do STF para outras instâncias judiciais. Na prática, esse movimento implicaria na renúncia ao poder de resolver um dos mais emblemáticos casos de corrupção da história da República. Ao manter o foro dos acusados sob sua jurisdição, o Supremo assumiu o protagonismo do caso, podendo aumentar e impor sua liderança institucional perante todo o Judiciário ao se mostrar capaz de impor decisões. (ARANTES, 2018, p. 343-344)

No mesmo sentido, Gretchen Helmke (2010, p. 397) aduz que o poder judicial aumenta quando juízes são capazes de entender um contexto formado pelo que denomina de “humor público”, coincidindo suas decisões a esse cenário. À medida que um Tribunal consegue obter o apoio público em suas manifestações, cresce também seu poder político capaz de resistir a eventuais ataques à sua autoridade e função jurisdicional. Desta maneira, a opinião pública se mostra como importante instrumento a aumentar a capacidade da Corte no combate à corrupção, realizar melhoras nas condições democráticas do país, podendo resistir a potenciais ameaças de represálias ou de não cumprimento de suas decisões. (LUNARDI, 2020, p. 250)

Para André Rufino do Vale (2015, p. 326-327), é plausível a afirmação de que em casos mais polêmicos, o Supremo Tribunal Federal se mostra como uma “caixa de ressonância da opinião pública expressada por diversos canais legítimos”. Por conseguinte, é possível que a pressão da sociedade pela punição dos envolvidos no caso “mensalão” pode ter contribuído decisivamente para que o STF monopolizasse seu julgamento, garantindo, ainda que por alto custo, que os acusados de fato seriam julgados. (STF, 2021)

Todavia, se a opinião pública, em certa medida, influenciou o STF a promover a expansão das regras do foro por prerrogativa, ela também pode, quase uma década depois, promover um movimento oposto no modelo decisório da Corte sobre o foro por prerrogativa. Essa alteração jurisprudencial ocorreu, quando do julgamento de Questão de Ordem na Ação

Penal n.º 937/RJ entre os anos de 2017 e 2018.

No caso em questão, por iniciativa do Relator do caso, Min. Luís Roberto Barroso, foi proposta uma reinterpretação do art. 102, I, “b”, da Carta Magna de 1988, consistindo em uma restrição na aplicação das regras do foro por prerrogativa. Pela nova orientação, o Supremo Tribunal Federal seria competente a julgar apenas os crimes relacionados ao tempo e ao exercício do cargo ocupado por parlamentares. Os demais delitos, como o caso tratado na Ação Penal n.º 937-RJ, que não possuíssem relação com a função desempenhada, deveriam ser julgados pelas instâncias iniciais. (STF, AP 937)

Para entender os motivos que levaram o STF a rever sua posição e caminhar em sentido contrário ao anterior, se faz necessário entender o contexto político e social que o país atravessava naquele momento, tendo em vista um potencial influência no processo decisório do presente caso.

A partir do ano de 2014, uma sucessão de investigações e operações policiais acabaria por fazer explodir o número de ações contra políticos de todas as esferas e cargos na Administração Pública. A denominada “Operação Lava-jato” consistiu em ações conjuntas que envolveram a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, diversos órgãos de controle em uma investigação que descobriu um complexo esquema de fraudes em contratos que envolviam agentes políticos, empreiteiras e a Empresa Estatal Petróleo do Brasil S.A. – PETROBRÁS.

As ações penais em desfavor das pessoas comuns transcorreram na 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, cujos trabalhos ficaram marcados pela celeridade processual. Segundo matéria jornalística da época, nos quatro primeiros anos de operação, a referida Vara proferiu 188 (cento e oitenta e oito condenações) em 40 (quarenta) processos, cujo tempo médio de tramitação foi de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias (PAVANELLI, 2021). Ainda que a Vara fosse especializada na matéria, e contasse com o apoio da Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região para o desenvolvimento dos trabalhos (MPF, 201?), a celeridade na prestação jurisdicional foi tamanha que elevou o juiz do caso, à época, ao status de “herói nacional”. (NETTO, 2016, p. 125)

Enquanto isso, efeitos da citada operação batiam às portas do Supremo Tribunal Federal, resultando em considerável número de abertura de inquéritos e ações penais em

desfavor de autoridades que possuíam foro penal na Corte. Todavia, ainda que se contabilizasse um vultuoso número de 11 (onze) mil decisões proferidas no caso, diferentemente da instância inicial, os trabalhos no Supremo não demonstraram a mesma agilidade quando ao julgamento de mérito se comparados à primeira instância. Segundo o próprio Tribunal, em balanço publicado em setembro de 2020, a Corte que chegou a contar em seu acervo 125 (cento e vinte e cinco) ações penais referentes à “lava-jato”, registrava à época apenas 5 (cinco) decisões de mérito, com uma condenação em execução, uma absolvição e 3 (três) condenações em fases recursais. (STF, 2020)

A complementar o cenário em questão, durante o julgamento da Ação Penal n.º 937-RJ, foi divulgada pesquisa de opinião a qual revelou uma repulsa social ao foro por prerrogativa. Dos entrevistados, 78% afirmaram que essa prerrogativa deveria acabar, enquanto 77% apontaram que o fim do instituto auxiliaria no combate à corrupção. Finalmente, quanto ao nível de confiança no STF, 36% dos entrevistados disseram que ele aumentaria caso a Corte decidisse pela “extinção” do foro, enquanto 45% afirmaram que o índice seria mantido caso ocorresse a hipótese levantada. (G1, 2018)

Retornando então ao julgamento da paradigmática A.P. n.º 937-RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso, justificou em sua proposta que o foro por prerrogativa no STF era causa de indignação à sociedade e de desprestígio ao Tribunal. Dessa forma, o Min. Barroso defendeu que o dispositivo Constitucional que trata da matéria deveria ser interpretado restritivamente, sob os princípios da igualdade e da República. Finalmente, o Relator defendeu sua proposta ao afirmar ser possível “interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for compatível, e sobretudo se esta for a interpretação mais adequada da Constituição”. (STF, A.P. 937)

A consideração da opinião pública quanto ao foro por prerrogativa, manifestada pelo Relator, também foi acompanhada pelos outros Ministros que seguiram a proposta de reinterpretar o instituto. A Ministra Rosa Weber afirmou estarem presentes hipóteses de mutação constitucional por uma “mudança de realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário”.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux afirmou ser “latente o sentimento social que



relaciona, com razão, a interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento da competência especial por prerrogativa de função à impunidade”. Finalmente, o Min. Celso de Mello, assistindo razão à proposta trazida pelo Relator, afirmou que a reinterpretação restritiva do foro traduziria uma reação do STF “a um modelo que efetivamente tem comprometido a funcionalidade e a regularidade do exercício da jurisdição penal” da Corte.

Dessa forma, o Tribunal, por sete votos a quatro, acolheu a tese proposta do Min. Luís Roberto Barroso para reinterpretação do foro por prerrogativa de forma mais restritiva, limitando-se a competência do STF para julgar crimes praticados em razão da função e durante seu exercício. Desses votos, a preocupação com a opinião pública foi percebida, explicitamente, nos votos de cinco dos sete Ministros que compuseram a proposta vencedora, se apresentando, mais uma vez, como um dos elementos formadores da aplicação do foro por prerrogativa

### 3.3 O TEMOR PELA PRESCRIÇÃO COMO FUNDAMENTO DECISÓRIO

Há um elemento de caráter jurídico, mas de reflexos direto na opinião pública, que também se apresenta como um fator decisório nas posições adotadas pelo Supremo, explicativo quanto ao estabelecimento de parâmetros interpretativos, e a fundamentar viradas jurisprudenciais. Esse elemento é a prescrição, por vezes surgindo como um “fantasma” que assombra o STF quando o assunto é sua competência penal originária, tendo em vista que ela é mormente apontada como responsável pela impunidade de altas autoridades. Suas consequências são capazes de minar a reputação, causar grita e gerar descontentamento popular em relação a um Tribunal Constitucional. (REALE, 2017)

A ocorrência da prescrição no Supremo Tribunal Federal não se apresenta exatamente como um acaso, mas um fenômeno atestado por números. Segundo estudo publicado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, denominado “Juízes contra a corrupção”, demonstrou-se que entre o ano 2000 até 2007, foram extintas no STF um total de 13 (treze) ações penais em razão da prescrição, o que corresponde a 10% (dez por cento) do total de ações da espécie que tramitaram no Tribunal nesse período (AMB, 2007). Já levantamento feito pelo jornal “Folha de São Paulo”, aponta que entre 2007 e 2016, um terço das ações penais em desfavor de parlamentares foram extintas em decorrência da prescrição

(FOLHA, 2016). E em voto na Ação Penal n.º 937-RJ, o Ministro Luís Roberto Barroso expôs dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Tribunal, os quais apontavam que cerca de 200 ações prescreveram desde que a Corte passou a atuar nessa matéria. Por essa razão, o Min. Barroso sobre o foro no Supremo, assim concluiu: “o sistema é ruim; o sistema funciona mau; o sistema traz desprestígio para o Supremo; o sistema traz impunidade”. (STF, AP 937)

Tamanho ocorrência de casos de prescrição geram na sociedade um sentimento de descrédito, além da perda de legitimidade do Judiciário enquanto poder. (VAZ, 2010) E essa perda de legitimidade social implica, diretamente, na diminuição de capital político da Corte, elemento este essencial para a tomada de decisões contrárias aos interesses de elites políticas como no julgamento de parlamentares com foro por prerrogativa. Dessa forma, percebe-se porque a prescrição é um fenômeno tão indesejado pelo Supremo. (LUNARDI, 2020, p. 68-69)

Pelas razões apresentadas, a prescrição tornou-se o fator a explicar o porquê o Tribunal proferiu decisões diferentes em casos de circunstâncias muito semelhantes, e que envolviam o foro por prerrogativa: trata-se do julgamento, em 2007, da Ação Penal n.º 333-PB, e em 2010, da Ação Penal n.º 396-RO.

No julgamento da A.P. n.º 333-PB, sob relatoria do Min. Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal se deparou com Questão de Ordem a legalidade, ou não da renúncia do acusado, Deputado Federal, às vésperas do julgamento na Corte. A renúncia do acusado acarretaria na perda do cargo público, e no conseqüente deslocamento da competência do STF e do processo para primeira instância. O Relator, então, pugnou pela tese que a renúncia representaria abuso de direito se o caso já estivesse pautado para julgamento, sob pena de uma “chicana processual”, face os atendidos a princípios como boa-fé, moralidade e supremacia do interesse público sobre o particular. (STF, AP 333)

Ainda que a decisão do caso girasse, juridicamente, em torno da avaliação da renúncia como direito subjetivo ou abuso de direito, o tema da prescrição acabou se mostrando como fator presente na tomada de decisão de alguns Ministros. Segundo o Relator, o caso já tramitava sem resolução há quatorze anos, sendo que o acusado que já possuía mais setenta anos de idade. Dessa forma, o aproximar da prescrição era uma

realidade que não deveria ser desprezada pelos Ministros.

Sobre esse ponto, o Min. Cezar Peluso argumentou que toda a fase instrutória do processo ocorreu, durante dez anos, sob competência do Supremo Tribunal Federal, resultando em autos com mais de cem volumes. A remessa de um processo de tamanho proporcional à sua complexidade ao juízo de primeiro grau, traria duplo prejuízo: ao STF, que teria demandado esforços em vão ao instruir os autos para posteriormente não julgá-lo; e o iminente risco de prescrição, tendo em vista que o tempo que juízo de primeira instância levaria para estudar e se situar diante das circunstâncias dos autos, seria o suficiente para que cessasse o *ius puniedi* estatal. Na mesma esteira de Peluso, seguiu a Ministra Cármen Lúcia. (STF, AP 333)

Todavia, a tese vencedora foi a divergência apresentada pelo Min. Marco Aurélio ao considerar a renúncia do congressista como ato legítimo, capaz de transformar o acusado de parlamentar em cidadão comum, e não passível de questionamento. A consequência natural, portanto, era a cessação da competência penal do Supremo, devendo-se declinar os autos ao juízo de primeira instância. As razões foram acompanhadas pelos Ministros Eros Grau, Menezes Direito, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Elen Gracie, que não citaram a prescrição como fundamento de seus votos.

Todavia, três anos depois, o Supremo se viu diante de situação praticamente idêntica, quando do julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n.º 396-RO. Em resumo, novamente um parlamentar renunciava ao cargo às vésperas do julgamento pelo Plenário da Corte, o que provocaria o deslocamento da competência da Suprema Corte para a instância inicial. Todavia, se na A.P. n.º 333-PB o elemento prescrição fez-se presente, porém não decisivo no resultado do juízo da Corte, na A.P. n.º 396-RO, ele se apresentou como condição preponderante para o resultado do julgamento, sem desprezo de outros argumentos técnicos jurídicos citados pelos Ministros.

A Relatora do caso, Min. Cármen Lúcia, destacou que o crime a ser julgado foi praticado em 1999, cuja ação penal tramitou em vários órgãos do Judiciário até chegar ao STF, o que aconteceu quando o acusado foi eleito Deputado Federal. Após a Corte Constitucional promover uma longa instrução processual, no dia anterior à data do julgamento em Plenário, o acusado renunciou ao mandato sendo que, exatamente, oito dias

depois, o crime seria alcançado pela prescrição. Assim, destacou a Relatora que caso houvesse o deslocamento dos autos para a instância inicial, a pretensão punitiva do Estado seria extinta, ocasionando situação de impunidade deliberada.

Por sua vez, o Min. Dias Toffoli afirmou que o acusado renunciara ao cargo para, exclusivamente, se furtar à ação penal. Não obstante, o Ministro ainda defendeu a Suprema Corte diante de acusação de suposta ineficiência quanto ao foro por prerrogativa, lembrando que vários congressistas vinham renunciando aos cargos visando a remessa dos autos do STF para as instâncias iniciais. O objetivo seria, a partir daí, efetuar o maior manejo de recursos possíveis a alongar a marcha processual para, ao final, buscar a prescrição do crime ou da execução da pena.

Em comparação à Ação Penal n.º 333-PB, os Ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso mantiveram suas posições, votando pela manutenção da competência do STF para julgar os congressistas renunciantes, seja pela caracterização de intenção de provocar fraude à lei, bem como evitar-se a prescrição do caso. Já os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, revisaram suas posições em relação à Ação Penal n.º 333, filiando-se à tese proposta pela Relatora, a evitar que a manobra realizada pelo acusado causasse a prescrição punitiva dos crimes praticados. O único voto divergente foi proferido pelo Min. Marco Aurélio, que também mantendo posicionamento anterior, não vislumbrou a renúncia como abuso de direito, afirmando que a saída do cargo cessaria o foro por prerrogativa no STF.

Por fim, por oito votos a um, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a renúncia do parlamentar ao mandato, às vésperas de seu julgamento pelo Plenário da Corte, visando efeitos como a prescrição, constituir-se-ia abuso de direito. Com efeito, a renúncia não serviria como meio a impedir do julgamento pela Corte, “o que ensejou a perpetuação da jurisdição da Suprema Corte. Decisão absolutamente correta, e que, de resto, prestigia o regular exercício do voto popular” (PACELLI, 2020, p. 191-192). Assim, novamente o STF definiu, via jurisprudência, mais uma regra processual a fazer parte da ciranda jurisprudencial do foro por prerrogativa.

Na comparação das decisões na Ação Penal n.º 333-PB e Ação Penal n.º 396-RO, vislumbra-se que o elemento prescrição se mostrou como o elemento para a definição da

abdicação do mandato parlamentar como fraude ou não. Ademais, a própria efetividade da jurisdição criminal no STF foi garantida.

Destaca-se que o receio da prescrição, e do desgaste que a Suprema Corte pode herdar com sua ocorrência, também pode ser verificado em outros julgamentos do Tribunal, como é o caso do Inquérito n.º 2.245-DF, tratado no item anterior. Naquele caso, a discussão sobre o desmembramento dos autos ou não, passou não só por argumentos como a possibilidade de decisões contraditórias e a capacidade da Corte em efetuar o julgamento, mas também pela possibilidade de prescrição. Dos onze Ministros, oito externaram preocupação com a possibilidade de prescrição do caso, o que ao final levou o Tribunal não só a manter o caso sob sua competência, bem como proceder os devidos esforços para o julgamento do caso em tempo hábil a apresentação de uma resposta à sociedade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo exposto, o presente artigo pretendeu em sua essência, analisar o foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal sob dois ângulos de observação: sua evolução na jurisprudência da Corte, e exame empírico das principais razões decisórias. Em um cenário de escassez de novas positivadas sobre o tema, entender como o STF promove essas modificações em seus precedentes sobre o tema, investigando quais fatores endógenos e exógenos são utilizados pelos membros da Corte, foi o objetivo do artigo.

Das leitura dos votos dos Ministros, fica evidente a presença dos principais elementos identificadores como propulsores das decisões do Supremo, sejam eles a política, a opinião pública e a iminência da prescrição, sem desprezar a existência de outros. Contudo, de todos os fatores observáveis, o fator política é aquele observável de forma mais nítida entre todos, o que de certa forma se mostra natural pela natureza política que detém a Corte Constitucional.

Invocando princípios como a igualdade republicana, excesso de processos, e proteção ao exercício do cargo público e não ao seu ocupante, o Supremo promoveu duas grandes restrições ao foro por prerrogativas com fundamentos políticos: em 1999, quando do cancelamento da Súmula n.º 394, no julgamento do Inquérito n.º 687-DF; e quase 20 anos depois e na A.P. n.º 937-RJ. Em comum, além dos fundamentos e consequências da decisão,

afirma-se que tratam-se de decisões que buscavam promover uma agilidade dos trabalhos da Corte, afastando a imagem de Tribunal lento e obsoleto. A consequência é a obtenção de capital político junto à sociedade, já que demonstrações de celeridade nos trabalhos geram importante e positiva repercussão social.

Todavia, a política também pode gerar decisões criticáveis e inexplicáveis, como as diferentes decisões proferidas em casos similares, como no julgamento das ADI 3.289-DF e ADI 2.797-DF. Nesses casos, torna-se impossível, do ponto de vista jurídico, justificar o motivo de decisões dispares. Se esses casos evidenciam como a política faz o Tribunal movimentar sua jurisprudência, por outro levantam suspeitas de prática de constitucionalismo abusivo e seletivo.

De todos esses elementos, a opinião ainda que veladamente, também se mostra como forte elemento decisório dentro do Tribunal, tendo em vista que não foram raros os votos onde Ministros admitiram que o clamor social se encontrava dentro das razões da tomada de decisão. Nesse sentido, ressalta-se que Tribunal tem manejado com competência esse fator de influência externa, atendendo na correta medida os reclames populares sem ao mesmo tempo, se deixar comandar por comoções.

A pesquisa, então, permite concluir que o foro por prerrogativa não é a causa das mazelas do país, como afirmou o Min. Gilmar Mendes em um debate na Corte durante o julgamento da A.P. n.º 937. Instrumento de grande importância na proteção à liberdade no exercício das altas funções da República, o foro por muitos anos evitou que demandas frívolas fossem propostas como meio de perseguições políticas, utilizando-se do Poder Judiciário como instrumento a este fim.

Diante desse cenário, o Supremo buscou, entre erros e acertos, aprimorar seu papel como órgão instrutório penal, a garantia um efetivo julgamento às autoridades sob sua jurisdição. A limitação em realizar mudanças e criar de balizas, diante de uma ausência de regras, representou um desafio à Corte a buscar um processo racional, e até mesmo moral, a garantir a eficiência de sua atuação e atender demanda social de combate à corrupção. E, de alguma maneira, o girar da ciranda jurisprudencial representou a busca do Tribunal, ainda que lentamente, por um foro por prerrogativa condizente com a maturidade de um país recém democratizado, evoluindo de uma herança aristocrática rumo ao republicanismo.

## 5. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARANTES, Rogério. Mensalão: um crime sem autor. *In*: MARINA, Marjorie Corrêa; DEL RÍO, Andrés (Org.). **Justiça no Brasil: às margens da democracia**. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 338-389.

ARAUJO, Mateus Morais. **Comportamento estratégico do Supremo Tribunal Federal**. 2017. 106 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

Aristóteles. Política. **Coleção a obra-prima de cada autor**. v. 61. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). **Juízes contra a corrupção: o fim do foro privilegiado**. Estudo. Brasília: AMB, 2007, 44 p. Disponível em: <[https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_bra\\_stf.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf)>. Acesso em: 30. Set. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, p. 5-24, 2004. ISSN 1807-0175. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo**. Cadernos Adenauer XVIII, Rio de Janeiro, nº 1, p. 173-192, jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DATAFOLHA. Maioria quer réus do mensalão presos, mas prevê absolvição. **Datafolha**: Instituto de pesquisa. São Paulo, 08. ago. 2012, Opinião Pública. Disponível em: <<https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2012/08/1204844-maioria-quer-reus-do-mensalao-presos-mas-preve-absolvicao.shtml>>. Acesso em: 12 mai. 2021.

DO VALE, André Rufino. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015, 415 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidade do Alicante; Brasília, 2015. Disponível em:

<<https://repositorio.unb.br/handle/10482/18043>>. Acesso em: 19 out. 2020.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Um terço das ações contra políticos no STF prescreve**. Congresso em foco. Brasília, 14. Nov. 2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/um-terco-das-acoes-contrapoliticos-no-stf-prescreve/>>. Acesso em: 14 mai. 2021.

G1. Pesquisa IBOPE aponta que 78% dos entrevistados defendem o fim do foro privilegiado. **G1**, Política, 02. Mai. 2018, Brasília. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pesquisa-ibope-aponta-que-78-dos-entrevistados-defendem-o-fim-do-foro-privilegiado.ghtml>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

HÄBERLE, Peter. A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 244, p. 208-230, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>>. Acesso em: 02 set. 2020.

HELMKE, Gretchen. Public Support and Judicial Crises in Latin America. **Journal of Constitution Law**, v. 13, n. 2, p. 397-411, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol13/iss2/7>>. Acesso em: 17 mai. 2021.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2009.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. U.C. Davis Law Review, University Of California, v. 47, n. 1, p. 189-260, nov. 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luis Guilherme. **A ética dos precedentes**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro; SÁ MARTINO, Luis Mauro. O conceito de opinião pública na teoria da comunicação: genealogias e modos de abordagem. **Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas**. Departamento de Relações públicas, Propaganda e Turismo, Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo. v. 1, n. 1. São Paulo: ECA-USP/Gestcorp, 2004.

MARCHIONATTI, Daniel. **Processo Penal contra autoridades**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal: constituição, emoção, estratégia e espetáculo**. 470f. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Site do Ministério Público Federal**. Caso lava-jato: Entenda o caso. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

NETTO, Vladimir. **Lava jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

O GLOBO. Afronta ao Supremo e ao estado de direito. In: **O Globo**. Opinião. Rio de Janeiro, 04.out. 2012. Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/consulta-ao-acervo/?navegacaoPorData=201020121004>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REALE JÚNIOR, Miguel. Foro privilegiado? **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 07 de jan. 2017. Disponível em: <<https://opinio.estado.com.br/noticias/geral,foro-privilegiado,10000098670>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.587 (GO)**. Rel. Min. Maurício Corrêa. j. 01.12.2004. DJ. 06.11.2006.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797 (DF)**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. DJ. 19.12.2006.

STF, Tribunal Pleno. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.289 (DF)**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 05.05.2005. DJ. 24.02.2006.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Penal nº 333-PB (Q.O.)**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 05.12.2007. DJ. 11.04.2008.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Penal nº 396-RO (Q.O.)**. Rel. Min. Cármen Lúcia. j. 28.10.2010. DJ. 28.04.2011.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Penal nº 536-MG (Q.O.)**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 27.03.2014. DJ. 12.08.2014.

STF, Tribunal Pleno. **Ação Penal nº 937-RJ (Q.O.)**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. j. 03.05.2018. DJ. 11.12.2018.

STF, Tribunal Pleno. Lava jato: Relator já proferiu mais de 11 mil decisões e despachos no curso da operação. **Supremo Tribunal Federal**, Imprensa, 11. Set. 2020, Brasília. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=451566&ori=1>>.  
Acesso em: 19. Mai. 2021.

STF, Tribunal Pleno. **Inquérito nº 687-SP (Q.O.)**. Rel. Min. Sydney Sanches. j. 25.08.1999. DJ. 09.11.2001.

STF, Tribunal Pleno. **Inquérito nº 2.245-MG. (Q.O.)**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. j. 28.08.2007. DJ. 09.11.2007.

STF, Tribunal Pleno. **Reclamação nº 25.537 (DF)**. Rel. Min. Edson Fachin. j. 26.06.2019. DJ. 11.03.2020.

PAVANELI, Aline. Lava jato completa quatro anos com 40 sentenças de Sérgio Moro; tempo médio de tramite das ações é de 9 meses. **G1 PR**. 17 mar. 2018, Curitiba, Paraná. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/lava-jato-completa-quatro-anos-com-40-sentencas-de-sergio-moro-tempo-medio-de-tramite-das-aco-es-foi-de-nove-meses.ghtml>>. Acesso em: 19 mai. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Da competência pela prerrogativa de função**. Coleção Doutrinas essenciais: Direito Penal, ano. 1, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

*Data da submissão: 27/08/2021*

*Data da primeira avaliação: 30/08/2021*

*Data da segunda avaliação: 16/10/2021*

*Data da aprovação: 16/10/2021*

**PERSPECTIVA DE GÉNERO Y JUICIOS POR JURADOS: LOS  
MECANISMOS DE CONTROL DE SESGOS Y ESTEREOTIPOS DE  
GÉNERO EN EL JUICIO POR JURADOS**

*GENDER PERSPECTIVE AND TRIALS BY JURIES: THE MECHANISMS OF  
CONTROL OF BIRTHS AND GENDER STEREOTYPES IN TRIAL BY JURIES*

**Carlos Martin Villanueva<sup>1</sup>**

**Natalina Stamile<sup>2</sup>**

**RESUMEN:** En el presente trabajo se analizan los mecanismos de control de estereotipos y sesgos implícitos de género en el juicio por jurado en Argentina. El objetivo principal es reflexionar sobre los resultados alcanzados respecto a la existencia de sesgos y estereotipos de género a la hora de ejercer la función jurisdiccional, como así también en la descripción de los sistemas de controles sobre ellos, y las medidas que se podrían llevar a cabo para enfrentar de mejor manera esta clase de estereotipos y sesgos dentro de esta institución.

**Palabras-clave:** Juicio por jurados; Estereotipos; Sesgos; Género; Integración; Imparcialidad

**ABSTRACT:** One of the aims of this paper is to analyze the mechanisms for controlling stereotypes and implicit gender biases in trial by jury in Argentina. Especially, we will focus on the results achieved regarding the existence of gender biases and stereotypes when exercising the jurisdictional function, as well as in the description of the control systems over

---

<sup>1</sup> Abogado, Magister en Derecho y Argumentación Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y Doctorando en la Facultad de Filosofía de la UNC. Es miembro investigador de Secyt en el Centro de Investigaciones Filosóficas de la UNC, e investigador permanente de la universidad Siglo 21, Argentina. Es profesor de grado de las materias “Teoría de la Argumentación Jurídica” y “Ética” en la Universidad Siglo 21, y asimismo se desempeña como profesor de Filosofía y Lógica Jurídica y Seminario de Ética Profesional en la Universidad Blas Pascal, Argentina. Dicta clase de Postgrado en la materia “Metodología de la Investigación Jurídica” en las maestrías y especializaciones dictadas por la Universidad Siglo 21 y Blas Pascal, Argentina. Ha publicado artículos en revistas jurídicas, y ha tenido participación como coautor de libros. Es director del grupo de investigación “Perspectiva de género y diseño de juicios por jurados: Un análisis de los mecanismos de control de estereotipos y sesgos implícitos de género” de la Universidad Siglo 21, Argentina. Miembro del grupo de investigación “Sesgos implícitos en la función jurisdiccional”, Universidad Blas Pascal, Argentina. E-mail: [carlos.villanueva@ues21.edu.ar](mailto:carlos.villanueva@ues21.edu.ar); [carlosvillanueva2608@gmail.com](mailto:carlosvillanueva2608@gmail.com).

<sup>2</sup> “Assegnista di ricerca” en Filosofía del Derecho sobre “Nuovetecnologie, Diritto e Disuguaglianze”, Universidad de Brescia (Italia); Profesora de “Español jurídico” en la Universidad Carlo Bo de Urbino (Italia). Ha sido profesora de “Teoria da argumentação jurídica” e de “Ragionevolezza, Uguaglianza e giustizia costituzionale” en el “Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR”, Brasil. Investigadora postdoctoral en el “Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR”, Brasil. Doctora en “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo”, Università degli Studi “Magna Graecia” de Catanzaro (Italia). Es componente del grupo de investigación “Perspectiva de género y diseño de juicios por jurados: Un análisis de los mecanismos de control de estereotipos y sesgos implícitos de género” de la Universidad Siglo 21, Argentina. E-mail: [natalinastamile@yahoo.it](mailto:natalinastamile@yahoo.it). ORCID: 0000-0002-7201-8539.

them, and the measures that could be carried out to better face this kind of stereotypes and biases within this institution.

**Keywords:** Trial by Jury; Stereotypes; Biases; Gender; Integration; Impartiality.

## 1. INTRODUCCIÓN

El proceso de reconocimiento de la necesidad de juzgar con perspectiva de género y la reflexión sobre las políticas, estrategias y medidas adecuadas a tal fin y los procesos de implementación ha sido en los últimos años uno de los fenómenos más destacados en la discusión académica, profesional y social en la mayoría de los países de Latinoamérica. En este sentido, uno de los principales avances ha sido la comprensión del papel que juegan los estereotipos de género descriptivos y normativos como formas de discriminación y violencia y la manera en que los mismos afectan el acceso a la justicia de las mujeres en su carácter de víctima o el respeto de las garantías como imputadas, su credibilidad como testigos o su rol como operadoras del sistema de justicia.

También a partir del análisis de las investigaciones en el mundo académico anglosajón se formularán algunas reflexiones sobre la existencia y funcionamiento de los sesgos implícitos sociales, en general, y de género, en particular, en los juzgadores y sobre la forma en que pueden determinar decisiones jurisdiccionales discriminatorias. Con respecto a los sesgos como disposiciones a realizar asociaciones automáticas y actuar en consecuencia, normalmente se distingue entre sesgo explícito, - cuando surge a partir de un estereotipo o prejuicio del que uno es consciente y se presenta como controlable, - y sesgo implícito - disposiciones automáticas, inconscientes y fuera del ámbito de control del individuo e incluso se revela en acciones discriminatorias respecto a cierto grupos que pueden contradecir sus creencias explícitas (Holroyd, Scafie y Stafford, 2017; Greenwald y Krieger, 2006; Kang et al, 2012, entre otros). Por lo tanto, los sesgos constituyen disposiciones formadas culturalmente y estrechamente vinculadas con los estereotipos a creer y actuar de determinada manera. Para Duham (2017) los sesgos surgen de los estereotipos que se manifiestan en las interacciones con los otros. Así, el pensamiento estereotipado tiende a volverse automático, conduciendo a sesgos implícitos. Una vez que una persona alcanza la edad adulta, sus sesgos han sido absorbidos en su proceso de pensamiento inconsciente, y confían en los estereotipos que dan lugar a esos prejuicios para enmarcar su comprensión del mundo que los rodea.

Las características de los sesgos implícitos de ser inadvertidas e incontrolables por parte de sus portadores hacen más difícil su detección y su erradicación del proceso decisorio por

quienes tienen la tarea de juzgar. Por esta razón, la estrategia principal de mitigación de los mismos reside no tanto en la autoinspección de los estereotipos que un agente posee y su transformación sino en mecanismos en los cuales empíricamente se haya constatado que tienen cierta eficacia para mitigarlos, obstaculizarlos o erradicarlos.

Tanto los estereotipos como los sesgos implícitos de género afectan las decisiones de los jueces técnicos como la de los legos en los juicios por jurados. Sin embargo, el juicio por jurado posee un conjunto de mecanismos que puedan permitir el control de estereotipos y sesgos, y que, en definitiva, los mismos, eventualmente puedan ser mitigados y obstruidos (STAMILE; VILLANUEVA, 2019; 2020; VILLANUEVA, 2021).

En el presente trabajo se procura dar cuenta de estos mecanismos de control de estereotipos y sesgos de género que poseen la generalidad de los diseños de juicio por jurados como: la integración heterogénea del jurado, la audiencia de selección de jurados (*Voir dire*), las instrucciones previas, la deliberación y las reglas de decisión (sistemas de votación y mayorías); también señalando otros mecanismos como la expresión de razones del veredicto, que solo lo poseen cierta clase de jurados como (por ejemplo el jurado español e indirectamente el de la provincia de Córdoba, Argentina). En todos estos casos, además de describir brevemente la institución se señalará, a través de resultados de investigaciones empíricas, el impacto de estas medidas de control de estereotipos y sesgos. Así mismo, este abordaje permite reflexionar también sobre otros mecanismos que no son intrínsecos de los jurados pero que son instrumentos de control muy valiosos para combatir estos sesgos y estereotipos, como la capacitación de los jurados legos en perspectiva de género.

Por lo tanto, la investigación se enfoca en los juicios por jurados, en primer lugar, porque es una forma de juzgamiento presente en muchos países en especial con competencia para juzgar los crímenes más graves del ordenamiento entre los que se encuentra la violencia femicida. En Argentina, está en marcha un sostenido movimiento de reforma procesal penal que ha introducido esta institución en la provincia de Córdoba, Buenos Aires, Chaco, Neuquén, Río Negro, Chubut, Mendoza, Entre Ríos y Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los casos atrapados en la competencia en todas las provincias que incorporaron el jurado incluyen los homicidios agravados por el vínculo y actualmente se discute su incorporación como forma de juzgamiento también de ciertos casos civiles como ya ha sido regulada en la provincia de Chaco.

En segundo lugar, por la existencia de cierta laguna teórica al respecto. A pesar de la importancia de esta institución todavía son pocos los trabajos en Latinoamérica que se han

dedicado a analizar esta forma de diseño institucional de juzgamiento a partir de la perspectiva de género e intentar responder si la misma implica una institución apropiada para juzgar esta clase de hechos; si la misma representa más bien un obstáculo o una institución, que con los ajustes necesarios, y puede ser una buena herramienta para garantizar el juzgamiento de casos con la menor incidencia de estereotipos y sesgos de género.

En tercer lugar, por una razón estratégica en el marco más amplio de fijar una agenda de trabajo sobre la dimensión institucional del problema del juzgar con perspectiva de género: el juicio por jurado es un caso importante de la forma en que, a partir de ciertas finalidades, se pueden idear un conjunto de mecanismos para su consecución. Desde el comienzo se vio al jurado como una apuesta arriesgada, fue exigida como una forma de garantizar la independencia e imparcialidad del juzgador, pero al mismo tiempo se dudó que pudiera cumplir este objetivo sin aplicar ciertos mecanismos para su efectiva consecución. De hecho, puede pensarse en la institución del juicio por jurado, como un diseño compuesto por un conjunto de mecanismos para garantizar la imparcialidad del juzgador.

Así, el juicio por jurados representa un buen ejemplo para destacar la necesidad de pensar la dimensión institucional en la perspectiva de género. Sin dudas, se ha avanzado claramente en los enfoques que ponen su acento en la detección de los estereotipos de género en las resoluciones judiciales y la formación de los jueces y operadores que deben investigar y juzgar las mismas, como, también, en el análisis más estructural de las manifestaciones del patriarcado en los sistemas de justicia. Con todo, hay un amplio campo de análisis para la investigación multidisciplinaria, pero guiada, por los avances en epistemología social, respecto a mecanismos impersonales de control de estereotipos y sesgos, en la justicia.

La transversalidad de los estereotipos y sesgos implícitos en cualquier decisor tanto técnicos y legos, obliga a pensar en términos de diseños procesales, comprendiendo que cuando se habla de estereotipos, perjuicios y discriminación en la tarea de juzgar la única salida realista es pensar en que tipo de mecanismos se puede introducir en las instituciones procesales y prácticas efectivas para eliminar, obstaculizar y disminuir los mismos (VILLANUEVA, 2021). En este sentido se señala la postura de Páez (2016), en cuanto afirma, que no hay que concentrarnos tanto en pensar en el agente que lleva a cabo la tarea, tratando de identificar agente sesgados o no sesgados, o en la transformación de los mismos, sino en moldear a través de un conjunto de mecanismos procesales el entorno para que se disminuya la incidencia de los

mismos, a los fines de garantizar una mayor imparcialidad en el acto de juzgar como la racionalidad de las decisiones judiciales.

## **2. EL PROBLEMA DE LOS ESTEREOTIPOS Y SESGOS DE GÉNERO COMO OBSTÁCULO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA**

Pese a los avances en la legislación y la jurisprudencia para visibilizar y erradicar la discriminación y la violencia de género, se ha observado que la misma discriminación y la violencia se cristalizan si quienes tienen que tomar decisiones institucionales resuelven las causas recurriendo a estereotipos y sesgos de género (STAMILE; VILLANUEVA, 2019; 2020). Estos efectos son más graves cuando se trata de casos que se caracterizan explícitamente por la discriminación y la violencia de género.

Los estudios de género han sido cada vez más sensibles a la forma en la cual la existencia de ciertos estereotipos pueden tener efectos sociales negativos no sólo en el plano de las percepciones e interacciones sociales sino también promoviendo discriminación institucional, por medio de regulaciones legales, políticas públicas, prácticas institucionales y decisiones jurisdiccionales que refuerzan la desigualdad, la subordinación y la violencia entre grupos (por ejemplo, véase: Torres Sánchez, 2020 y Stamile 2020). Por lo tanto, es fundamental destacar cómo los estereotipos de género son obstáculos para el ejercicio de los derechos humanos, la superación de la desigualdad y la discriminación y el acceso a la justicia por parte de las mujeres. Además, la discriminación que resulta de la asunción y el uso de estereotipos y prejuicios causa y justifica actos de violencia en contra de la mujer (ASENCIO, 2010; COOK; CUSACK, 2011; ALENCAR, 2015). Más concretamente,

La violencia contra las mujeres es la manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos, ya que naturalizan su inferioridad y subordinación social. Las actitudes y tradiciones según las cuales una mujer es considerada como inferior y subordinada a un varón, o que tienen funciones estereotipadas, perpetúan prácticas que conllevan violencia y coerción. Esa situación se agrava y se perpetúa cuando se tolera la violencia y se mantiene la impunidad de los agresores. La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que dificulta el ejercicio de sus derechos y afecta su dignidad (ALENCAR, 2015, p. 36).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), también, ha introducido la perspectiva de género e incorporado en su labor una mirada sobre los efectos de los estereotipos de género en las decisiones jurisdiccionales. Se piensa, por ejemplo, en el caso “González y otras v. México”, conocido simplemente como “caso Campo Algodonero” en donde se afirmó,

por un lado, la necesidad de introducir la perspectiva de género, y, por otro, de visibilizar la existencia y los efectos de los estereotipos en las decisiones y políticas públicas y subrayando que “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades. La creación y uso de estereotipos se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”<sup>3</sup>.

En particular, el efecto perverso de los estereotipos de género tiene aún efectos más graves cuando se trata de juzgar casos de discriminación y violencia de género, vulnerando gravemente su derecho al acceso a una justicia imparcial. Según el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas “...los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. [...]”. En el mismo sentido, se ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Por ejemplo, en el caso *Átala Riffo*, se establecieron los criterios para analizar si en un determinado caso existe una diferencia de trato por parte de los jueces que se fundamentó en una categoría sospechosa, y determinar si constituyó discriminación. Entonces, los argumentos expuestos por las autoridades judiciales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se producen las decisiones asumen un papel relevante en la reflexión. A pesar de que el objetivo principal es identificar si una decisión se fundamentó en una categoría sospechosa, es posible analizar también si en cada uno de esos criterios ha habido el uso de estereotipos. La CIDH tuvo asimismo la oportunidad de subrayar que la utilización de razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de sentencias configura una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a igual protección ante la ley. El cumplimiento de este control también necesita de establecer recursos institucionales como procedimientos que garanticen preventivamente el control de estereotipos negativos. Este punto resulta de suma importancia a la hora de justificar la exigencia de mecanismos de control de estereotipos y sesgos y en el caso del jurado específicamente estará vinculado con la exigencia de motivación como posibilidad de control de estereotipos. Además, en el “Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de

---

<sup>3</sup> Véase: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)



mujeres por razones de género”<sup>4</sup> no solo se sensibiliza sobre la existencia y efectos de estereotipos de género en la investigación y juzgamiento de esta clase de delito sino se establece la obligación de modificar, transformar y poner fin a la aplicación injustificada de estereotipos de género negativos en las políticas y prácticas institucionales de las autoridades estatales. En particular, se afirma que los estereotipos de género, por un lado, afectan de manera negativa la respuesta policial, fiscal y judicial de los casos de violencia de género y, por otro, el acceso a la justicia de las mujeres y consecuentemente contar con un juicio imparcial. Se señalan en el punto 65 de ese documento algunos de los aspectos esenciales en los que inciden los estereotipos de género en el juzgamiento de esta clase de delito:

- La creación y aplicación de normas inflexibles sobre lo que constituye violencia doméstica o violencia basada en el género, o lo que las mujeres y las niñas deberían ser.
- La determinación de la credibilidad de la víctima en función de ideas preconcebidas en la forma en que esta debería haber actuado antes de la violación, durante el acto y después del acto, debido a las circunstancias, a su carácter y a su personalidad. - La presunción tacita de la responsabilidad de la víctima por lo que sucedió ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor.
- El uso de referencias a estereotipos sobre la sexualidad masculina o femenina de la víctima o del perpetrador.
- La poca atención brindada a los testimonios de las niñas.
- La interferencia en la vida privada de las mujeres cuando su vida sexual es tomada en cuenta para considerar el alcance de sus derechos y de su protección.

En los últimos años, en Argentina, se ha producido un avance importante respecto a la sensibilización y el control de los estereotipos de género en las decisiones. Hoy, los operadores y las operadoras están sometidos y sometidas a un control cada vez mayor sobre el uso de estereotipos en sus decisiones como, así también, a programas de capacitación obligatoria sobre perspectiva de género como lo representa la ley Micaela.<sup>5</sup> Sin embargo, los estudios actuales sobre discriminación por género, por un lado, señalan la necesidad de concentrarse en una nueva dimensión del problema que queda más en evidencia cuando el sistema formalmente adopta

<sup>4</sup> Elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUD) y la Entidad de Naciones Unidas para la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres (ONU Mujeres) enmarcado en el programa UNETE para poner fin a la violencia contra las mujeres del Secretariado General. Año 2014.

<sup>5</sup> En Argentina, en enero de 2019 fue promulgada Ley N° 27.499, que se conoce bajo el nombre de Ley Micaela. Dicha ley establece la Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres Poderes del Estado. Abarca a trabajadores, funcionarios y funcionarias del Poder ejecutivo, legislativo y judicial. Los temas de la capacitación se refieren a la perspectiva de género, violencia contra las mujeres y diversidad sexual.

regulaciones, protocolos, programas de capacitación y sensibilización para combatir la discriminación y la violencia de género; y, por otro, se observa en la conducta de los operadores y las operadoras decisiones sesgadas en contra de las mujeres. Por ejemplo, Duham (2017) sostiene que una de las explicaciones más importantes sobre este fenómeno se encuentra en los sesgos implícitos de las personas llamadas a juzgar las causas. Por eso, su control es una tarea esencial si se quiere realmente trabajar sobre la discriminación y la violencia fundada en el género. En este sentido afirma que los sesgos implícitos utilizados en la sala del Tribunal representan una especie de discriminación de tercera generación y por tanto también de lucha en contra de la misma. Se pregunta como prevalecerán los reclamos contra la discriminación presentes en los distintos ámbitos de la vida social en contra de la mujer si el sesgo implícito se encuentra en los propios Tribunales que deben juzgarlos. Dicho en otras palabras, los sesgos implícitos de género impactan en las diferentes etapas de un proceso y sobre las diversas partes de ese proceso (como las víctimas, las imputadas, los testigos, las abogadas litigantes, las juezas, etc.), y, consecuentemente, afectan la decisión final generando discriminación, violencia y limitación de los derechos fundamentales. A partir de aquí, queda claro como reflexionar sobre los mecanismos de control institucionales de esta forma más sutil de discriminación es una tarea necesaria y urgente.

### **3. MECANISMOS DE CONTROL DE ESTEREOTIPOS Y SESGOS IMPLÍCITOS EN EL JURADO**

El análisis sobre el control de sesgos en el juicio jurado implica también reflexionar sobre los mecanismos existentes en los juicios por jurados para realizar un control de los sesgos y sus efectos respecto a la decisión de los jurados. Estos tipos de controles son clasificados también como mecanismos de control institucionales internos del jurado, dentro de la cual quedan atrapadas la integración heterogénea, las audiencias de selección de jurados (*Voir dire*), las instrucciones previas, la deliberación y los sistemas de votación (STAMILE; VILLANUEVA, 2019; VILLANUEVA, 2021). Solamente en algunos pocos sistemas se agregan la expresión de razones y la motivación del veredicto. En cambio, son clasificados mecanismos de control externos, en cuanto basados en un conjunto de estrategias de fomento de acciones que los diversos estudios relevados señalan como positivos a la hora de reducir los sesgos. Dentro de esta categoría, se establecen las estrategias tales como las capacitaciones sobre estereotipos y sesgos implícitos en los jurados y las juradas.

Aquí, es importante subrayar que se hace referencia al término de “control” en sentido amplio, porque eso permite considerar no solo los mecanismos que identifican los estereotipos incluso los explícitos más también los que obstaculizan la conducta sesgada. Además, en la mayoría de los casos, será posible remarcar la doble función.

En general, los sesgos, no pueden ser totalmente eliminados de los procesos decisorios solo pueden ser reducidos a través de una batería de medidas que tomadas integralmente pueden lograr morigerarlos, ya que estas medidas se vinculan en diversos niveles tanto individuales, cuanto sociales y estructurales y deberán ser sujetos a la necesidad de realizar monitoreos constantes, evaluaciones permanentes de la eficacia de su funcionamiento (STAFFORD; HOLROY; SCAFIE; 2018).

### 3.1 LA INTEGRACIÓN HETEROGÉNEA

Históricamente uno de los mecanismos centrales para garantizar la imparcialidad, independencia y racionalidad de la decisión de los ciudadanos y las ciudadanas legos fue la integración del Tribunal del jurado (STAMILE; VILLANUEVA 2019; VILLANUEVA, 2021) que se compone como un grupo grande de personas, en la mayoría de los modelos procesales entre 8 a 12 miembros legos, elegidas por sorteo a partir del padrón electoral, lo cual favorece una composición heterogénea, con miembros de diversas perspectivas, condiciones y características. Dicho de otra manera, el sorteo de un grupo grande de personas dificulta que el Tribunal se componga por grupos de personas con características homogéneas portadoras, por lo general, de unos ciertos estereotipos y sesgos que se refuerzan mutuamente en la interacción. La pluralidad de perspectivas tiende a anular los sesgos de las personas y a determinar conductas más prudentes y reflexivas frente de los jurados y las juradas legas en la deliberación de mayor prudencia y control frente a personas que tienen una perspectiva diferente por su edad, raza, género, etc. El contacto con personas que incluso pueden pertenecer al mismo grupo de la persona imputada puede afectar también el funcionamiento de los sesgos implícitos de cada jurado/a. Esto tendrá implicancias importantes en la votación final, luego de la deliberación. Por otra parte, en un jurado diverso, la voluntad de las personas de expresar estereotipos, prejuicios explícitos podría ser silenciada y esto en definitiva implica un filtro de las razones que los legos tendrán a la hora de llevar adelante la votación.

Algunos estudios sobre el tema muestran la necesidad de realizar en la observación algunos ajustes para asegurar y potenciar las y los jurados heterogéneos. Por ejemplo, aumentar

la diversidad demográfica de las juradas y los jurados para obtener una distribución más amplia de sesgos, permitiría que algunos se podrían cancelarse entre sí. Esta sería una correcta estrategia para evitar jurados y juradas potencialmente con un alto riesgo de sesgo implícito (KANG *et al.*, 2012).

Al lado de esta estrategia general de integración heterogénea, también se puede denominar “estrategia de integración heterogénea de integración focal general” a la estrategia de integrar obligatoriamente el jurado o la jurada con personas pertenecientes a un mismo grupo social independientemente del tipo de causa que se trate.

Este tipo de estrategia son las desarrolladas en todos los juicios por jurados establecidos en Argentina y que tuvo como principal antecedente el juicio por jurados de la provincia de Córdoba, que estableció la paridad de género en la integración del jurado, conformando el estamento lego del jurado de manera mixta (mitad mujeres y mitad varones). Este cambio significó efectivamente una ruptura importante con el modelo de Norteamérica, en donde no existe esta distribución. Como bien señala Kalafatich (2021), citando los estudios de Fowler, en ese país incluso se puede mostrar como existió una exclusión sistemática de las mujeres en los juicios por jurados. Aquí cabe subrayar que casi a principios del siglo veinte, se empezó a autorizar la participación de las mujeres. La integración mixta puede establecerse a partir de diferentes clases de justificación de esta integración del cupo femenino a partir de la perspectiva de género (STAMILE; VILLANUEVA, 2019). Así, sería posible proporcionar un argumento político y otro epistémico. El primero, es decir, el argumento político, puede justificar dicha integración mixta como la traducción de la exigencia de incorporar la paridad como una medida de no discriminación en el ejercicio de sus derechos civiles y políticas, de la mano a la necesidad de cuestionar el tradicional lugar subordinado de las mujeres en la sociedad y las dificultades persistentes de las ciudadanas para acceder a cargos de toma de decisión, en este caso decisiones públicas jurisdiccionales.

El segundo, el argumento epistémico, entiende la exigencia como una traducción de la necesidad de incluir la diversidad de perspectivas de varones y mujeres, por ser considerada diferente entre sí y valiosa en sí misma. Esta segunda perspectiva es la que parece seguirse en el juicio por jurados establecido inicialmente en la provincia de Córdoba (Argentina) y luego como modelo para todo el resto de las provincias de Argentina, que pretende que el estamento lego se conforme de una muestra justa y representativa de la población y asegurar de dicha manera la pluralidad de miradas. Aquí, cabe preguntarse si la integración mixta del jurado

garantiza la inclusión de una perspectiva de género, si lo hace desde una clave no binaria; así como también si las diferencias de género agotan las diferencias sociales que deben ser representadas de manera permanente, - por ejemplo, sector social, pertenencia étnica, grupo etario, religión, etc.- y que se relacionan con la transversalidad de las desigualdades. En este sentido Kalafatich (2021) señala que la integración mixta no es un punto de llegada sino el inicio de la discusión más profunda sobre la integración en clave no binaria y la transversalidad.

Sin embargo, el análisis de las sentencias de juicio por jurados - centrada en la incidencia de dicha participación femenina en diversos tipos de casos tanto de manera simulada como a partir del análisis de casos reales - muestra como la integración mixta no garantiza por sí misma la incorporación de la perspectiva de género en el juzgamiento de las causas de femicidio o tentativa de femicidio, no obstante, las favorece.

Por lo tanto, en las palabras de Kalafatich (2021):

Pensar a la representación igualitaria de los hombres y las mujeres en la integración de los jurados constituye como punto de llegada implica creer que la mera agregación de mujeres podrá –por sí misma– generar cambios en este orden social estructuralmente desigual, y ello de cierto modo implica no comprender adecuadamente lo que es y lo que implica la perspectiva de género, ni entender cuán enraizado e impregnado está el patriarcado en nuestro sistema.... que lleguen una o muchas mujeres a las estructuras de poder tampoco implica por sí mismo la incorporación de la perspectiva de género, ya que no existe una equivalencia directa entre mujeres y feminismo. Es por ello que necesitamos cambios mucho más profundos para los cuales resulta imprescindible pensar en paridades que sean más transformadoras que integracionistas. De esta forma, si pensamos a la paridad como un punto de partida entenderemos que la misma resulta necesaria, pero por sí sola insuficiente para construir una nueva realidad, y es que necesitamos urgentemente una nueva realidad, la igualdad necesita un nuevo discurso de poder, nuevas teorías que permitan la construcción de estructuras socioeconómicas, culturales y simbólicas diferentes. (KALAFATICH, 2021, p. 164)

En los estudios sobre sesgos también se reconoce esta limitación. Por ejemplo, Duham (2017) afirma que es ingenuo suponer que las mujeres del jurado tienen menos sesgos de género que los miembros varones, concentrando su atención en tres estudios realizados para evaluar los prejuicios en contra de las abogadas litigantes. El primer estudio de Hodgson y Pryor (1985), vinculados a la relación entre el género del litigante y la credibilidad percibida en el jurado, mostraría que las mujeres que participan como jurados valoraban a las mujeres litigantes con menos credibilidad y competencia respecto a los abogados varones. En el segundo estudio de Biernat y Fuegen (2001) se subraya que las mujeres también parecen tener exigencias mayores para evaluar la competencia de las mujeres de litigantes frente a las que se exigen de los

hombres. El tercer estudio, analiza la forma que las características de competencia se asocian a rasgos masculinos como la agresividad. Así, las mujeres litigantes son criticadas al momento de asumir ese rasgo, pero también si se presentan menos agresiva se la crítica como por débil y pasiva. Esto es un claro ejemplo de “doble lazo”, aplicado, en general, a la mujer en su desarrollo profesional.<sup>6</sup>

A partir de aquí emerge la complejidad que tienen las diversas dimensiones en las cuales se dan los sesgos explícitos e implícitos en un juzgamiento; ya que nos obliga a pensar en las distintas direcciones que pueden asumir los sesgos de género en un caso: respecto a la víctima y a la imputada, a las testigos mujeres y a las peritas que participan en la causa, a las litigantes y, en fin, la forma en que estos afectan la decisión total. En el caso de la integración resulta interesante que se releven cada una de estas direcciones y evaluados en cuanto a sus consecuencias respecto a la decisión final.

Sin embargo, la incorporación de las mujeres es un importante punto de partida, necesario no solo como conquista política sino también porque si bien no garantiza, sí podría facilitar, la sensibilización y comprensión sobre las estructuras de poder y la violencia contra la mujer, y en definitiva la incorporación de la perspectiva de género en el juzgamiento de casos de que justamente presentan problemas de violencia de género<sup>7</sup>.

Por otro lado, y reiterando el argumento general, porque las acciones y medidas activas de sensibilización sobre la existencia de un caso de discriminación y violencia provocadas por el género pueden ser más fácilmente comprendidas por quienes son objeto de esta misma discriminación y violencia que se ejerce socialmente en nuestras sociedades.

La otra estrategia, alternativa a la “integración heterogénea focal general” (y que no se excluyen entre sí), es la “integración heterogénea focal especial” (VILLANUEVA, 2021), es decir, aquel tipo de mecanismo que incorpora obligatoriamente dentro del jurado a una

---

<sup>6</sup> La conclusión de Duham puede ser relativizada y contrapuesta respecto a otros estudios donde se tiene en cuenta la relación de la integración en el contexto específico de la decisión en conjunción con otros mecanismos del jurado, como por ejemplo la deliberación. Así, se rescata la posibilidad de que la integración femenina sea un importante aporte en la decisión. Arce, Fariña y Fraga (2000), al comparar la toma de decisiones de jurados hombres y mujeres en un caso judicial de violación observaron que las mujeres son más proclives a la culpabilidad en estos casos. Otro hallazgo es que hombres y mujeres confieren una fiabilidad significativamente distinta a las pruebas. Por último, se afirma que la actividad cognitiva generada por hombres y mujeres en la reconstrucción de los eventos informa que las mujeres realizan un «procesamiento más profundo de la información» y se guían por un «criterio de integración de la información».

<sup>7</sup> Sobre la presencia de las mujeres en las instituciones jurídicas y sobre la política de la presencia, véase por ejemplo: Lima, Pradella, Stamile, 2021; Gianformaggio, 2005; Phillips, 1995.

determinada cantidad de personas del mismo grupo que la persona que está siendo juzgada o la víctima. Esto tendría al menos tres tipos de justificaciones: la búsqueda de la perspectiva de la persona imputada al realizar el acto, cuando hay algunas vivencias o visiones culturales que solo una persona del mismo grupo puede aportar; la idea de que serán miembros del Tribunal que no tendrían menos probabilidades de tener algún sesgo con respecto al grupo de pertenencia; la influencia contra típica que tiene la presencia de un miembro del propio grupo dentro del jurado, es decir, la morigeración del sesgo que se puede producir en el jurado de otro grupo cuando toma contacto con una persona del mismo grupo.

Sobre este último punto, se destaca (VILLANUEVA, 2021) la importancia que tiene la presencia de este miembro en la deliberación, es decir, a) morigerando la expresión de sesgos sociales explícitos de los jurados y las juradas ante la presencia del jurado del mismo grupo del imputado; b) provocando una mayor discusión en la deliberación y consecuentemente una disminución de sesgos (KANG *et al*, 2012). Más específicamente, los estudios empíricos establecidos por Sommers (2006) muestran, por ejemplo, que la diversidad racial en el juzgamiento de un delito que involucraba por la víctima o el victimario la cuestión racial en el jurado altera las deliberaciones. Somers compara juicios simulados con grupos homogéneos de personas blancas con otros con diversidad racial y comprobó que las deliberaciones fueran más largas, con un mayor enfoque en la evidencia que se admitió y sobre la faltante, entre otros cambios favorables a la mayor racionalidad de la decisión y el control de sesgos.

Este tipo de estrategia que, en general, surge de las recomendaciones de los estudios de sesgos raciales en los Estados Unidos, se implementa en algunos de los diseños de jurados adoptados en Argentina. Así, en la provincia de Neuquén y Río Negro, además de una composición mixta por sexo, se incluye la exigencia que, por lo menos la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural de la persona imputada. También la provincia de Chaco agrega la integración de ciudadanos y ciudadanas de pueblos originarios cuando se juzga un hecho en donde la persona acusada y la víctima pertenezcan al mismo pueblo Qom, Wichi o Mocoví. De esta manera, el panel de doce jurados estará obligatoriamente integrado no solo de manera mixta (es decir, mitad por hombres y mujeres) sino también de su misma comunidad de pertenencia. Por lo tanto, tales estrategias podrían ser pensadas a la hora de superar las

limitaciones de la focal general respecto a la reducción binaria y la transversalidad de las desigualdades que interseccionan con las de género.<sup>8</sup>

### 3.2 LA SELECCIÓN DE JURADOS: LA AUDIENCIA DE *VOIR DIRE*

Uno de los principales mecanismos que posee el juicio por jurados para asegurar la imparcialidad de los jurados y las juradas en la causa, a través de la identificación oportuna de estereotipos, perjuicios y en menor medida sesgos implícitos ha sido la audiencia de selección de jurados y juradas, llamada *Voir dire* (VILLANUEVA, 2021). Este mecanismo general, es particularmente importante en casos que involucran cuestiones de género por lo extendido y persistentes que son los estereotipos, perjuicios y sesgos implícitos de género.

En las audiencias de selección se realiza un examen a los jurados y a las juradas a partir del cual identificar situaciones o creencias que puedan afectar la imparcialidad de los mismos (PENNA, 2016). En este proceso se realizan interrogatorios a los jurados y juradas sobre los hechos y creencias que pueden ser demostrativos de la posible existencia de estereotipos o sesgos. Luego de la realización de estas preguntas, el juez o la jueza tiene, en general, un conjunto de opciones disponibles como las de: 1) excluir al jurado/a por estar comprendido dentro de las normas legales de inhabilidad para participar; 2) excluir al jurado/a por tener alguna causal que afecte su imparcialidad y anunciarla al inicio. A su vez, las partes podrán aceptar al jurado o la jurada o bien, recusar con causa al potencial jurado/a y deberá ser evaluado por el juez o la jueza; y finalmente, tendrán la opción de recusar sin causa de un potencial jurado/a (LORENZO, 2015).

Así, con el fin de romper el vínculo entre sesgos y decisiones injustas se mantiene a las personas sesgadas fuera del jurado (KANG *et al.* 2012). El objetivo más preciso sería eliminar las personas con sesgos excesivamente altos y que son relevantes para el caso en cuestión, a pesar de que todo el mundo tiene sesgos implícitos de un tipo u otro.

Esto es, por supuesto, precisamente uno de los propósitos de *Voir dire*, aunque el proceso de interrogatorio fue diseñado para descubrir sesgos explícitos ocultos, a través de la formulación de preguntas que visibilizaran estereotipos. Hay que destacar, pero, que no es una herramienta tan efectiva para establecer sesgos implícitos.

---

<sup>8</sup> En este sentido, un avance lo representa la nueva ley que instaura los juicios por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La misma establece que el estamento lego debe integrarse por seis mujeres y seis varones pero asimismo prevé que puede conformarse con cinco mujeres o cinco varones, estableciendo dos lugares para la representación de personas no binarias o de otras identidades de género que no se perciban como varones o mujeres, al respecto confrontar Harfuch (2021) y Reyes (2021b).



Como afirma Duham (2017) el carácter no consciente de los sesgos implícitos podría ser portado por personas cuyas creencias conscientes fueran contrarios a ese prejuicio, es decir, que funcionaría sin el reconocimiento del propio jurado. En estos casos existe una divergencia entre sus sesgos implícitos y las creencias de la persona y es menos poco probable que el *Voir dire* tenga eficacia para controlar la conducta sesgada. En el caso de los sesgos de género, se podría tener una persona que sea respetuosa de la igualdad de género y no utilice estereotipos de género de manera consciente, y, sin embargo, seguir operando en un plano no consciente. Las preguntas que realicen el juez o la jueza y las partes podrían ser respondidas honestamente por el jurado o la jurada y no relevar el sesgo implícito.

Frente a este problema, cabría preguntarse razonablemente si los posibles miembros del jurado deberían ser aliado examinado para sesgo implícito a través de algún instrumento como la IAT<sup>9</sup>, aunque desde una perspectiva de la cognición social implícita se recomienda no usar la prueba como medida diagnóstica de sesgos implícitos (KANG *et al*, 2012).

Otro punto especialmente problemático del *Voir dire* sobre el tema de los sesgos, lo presenta la herramienta de la recusación sin causa. Esta clase de recusación merece destacarse, pues allí, en general, es donde los estudios sobre factores psicosociales y sesgos que pueden afectar a los potenciales jurados y juradas son utilizados por las partes como estrategias de litigación a favor de su representada. Aquí, se subrayan dos aspectos importantes. Por un lado, los defensores y fiscales podrán no solo eliminar aquel que parece tener un sesgo que pueda disminuir sumamente su imparcialidad, sino también eliminar a quien pueda impactar sobre su estrategia de litigación. También, se podrá mantener a un jurado sesgado si se cree que pueda tener una visión favorable a su cliente porque el proceso, en este sentido, confía en el sistema adversarial para compensar estos costes y en el sistema de limitación de este tipo de recusaciones.

Por otro lado, muchas veces la recusación sin causa puede estar basada o implicar sesgos implícitos sociales contra determinado grupo; mientras que en la recusación con causa es relativamente fácil que el juez o la jueza establezca un control sobre las razones dadas para impugnar y cerciorarse de que las mismas no estén basadas en sesgos de género, no ocurre lo mismo con respecto a las recusaciones sin causa. En estos casos efectivamente no se muestran

---

<sup>9</sup> Las IAT son las pruebas de asociación implícita que permite mediante test de asociación de conceptos establecer la existencia de sesos implícitos de diversa naturaleza en los sujetos. Para una mayor comprensión de la manera en que funciona confrontar Greenwald *et al*. (1998).

las razones y, por tanto, podrían colarse, de esta manera, selecciones discriminatorias basadas en estereotipos y sesgos de género. Por ejemplo, en los Estados Unidos en 1986, luego de 200 años de permitirse cualquier tipo de recusación sin causa, la Corte Suprema de Justicia de ese país, en *Batson v. Kentucky*, declaró que era violatoria de la cláusula de igualdad el hecho de excluir jurados/as por motivos de raza. En la causa *JEB vs Alabama*, extendió esta prohibición a Kentucky, la exclusión basada en una discriminación por motivos de género. Como siempre es difícil establecer la existencia de sesgos, muchas veces se tendría que llevar la cuenta de las impugnaciones realizadas y el historial para mostrar la existencia de recusaciones sin causa o perentorias discriminatorias.

Efectivamente un campo de estudio que se abre en países como Argentina, en donde esta clase de juicio tienen poco tiempo de implementación, es analizar las formas de la existencia de sesgos implícitos de género en la selección de jurados/as y también las formas en que efectivamente se realizan las audiencias de *Voir dire*.

En Argentina, se ha introducido el modelo anglosajón en la mayoría de las provincias que han adoptado el juicio por jurados. Además, las provincias de Buenos Aires, Rio Negro, Neuquén y Chaco, Mendoza, Entre Ríos y San Juan, Chubut y ahora también la provincia de Catamarca y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, adoptan el sistema de los Estados Unidos respecto a las audiencias de selección de jurados/as.

Por su parte, la provincia de Córdoba parece un caso especial de análisis pues al carecer inicialmente de audiencia de *Voir dire* se hizo evidente que el diseño no tenía ningún mecanismo efectivo que permitiera evaluar los estereotipos y prejuicios, principalmente de género, que traían los jueces legos al momento de juzgar los hechos. Fue exigida una modificación de este sistema que fue finalmente establecida por medio de un protocolo interno de actuación del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba de cumplimiento obligatorio para todas las Cámaras Criminales. Todavía, en mucho lo que se debe avanzar en la correcta implementación de este sistema, la modificación no fue acompañada plenamente por los operadores y las operadoras del sistema, en especial fiscales y defensores, que no utilizan la posibilidad de audiencia de *Voir dire*. De entrevistas realizadas a los operadores y las operadoras de la provincia de Córdoba surge que desde su implementación han sido pocos los casos en los cuales se haya hecho uso correcto de este mecanismo por medio de las partes.

Por lo tanto y de manera sencilla, uno de los principales desafíos debería ser delinear técnicas para identificar sesgos implícitos dentro de los jurados y las juradas, es decir, para

garantizar la imparcialidad del juicio se debe no solo enfrentar los sesgos explícitos manifiestos y ocultos, sino también los sesgos implícitos (VILLANUEVA, 2021). Bien realizado puede servir para detectar tanto los estereotipos de género y actitudes explícitas discriminatorias de género de los jurados/as como los estereotipos y prejuicios de género ocultos. Esta tarea es más difícil, pero interrogatorios sofisticados, indirectos y proyectivos pueden servir para detectarlos. Además, se podría pensar se los aportes de la psicología jurídica específicas ayudaría a buscar formas de abordaje de este tipo de audiencia para detectar sesgos implícitos. Esto, pero debería ser acompañado de un gran trabajo de capacitación en sesgos de los abogados y abogadas litigantes, miembros de la defensa y fiscalía, para aprender a realizar bien y de manera correcta esta tarea. A este respecto, se ha subrayado (MORRISON; DE VAULFETTERS; GAWRONSKI, 2016) que los abogados defensores y las abogadas defensoras y fiscales, desarrollan con la experiencia capacidades para detectar tanto sesgos explícitos como implícitos.<sup>10</sup>

Otro desafío se coloca en un plano práctico. En muchos sistemas, parece existir una gran brecha entre la función de estas audiencias con las prácticas precarias de los operadores y las operadas del sistema en la realización del *Voir dire* (BORNSTEIN; GREENE, 2017). A nivel general no se llevaría a cabo correctamente interrogando al juez/la jueza de manera muy genérica en un solo acto si tienen algún sesgo o prejuicio que pueda comprometer su imparcialidad y sin dar mayor tiempo para que cada jurado realice una mínima tarea de introspección el acto se da por concluido. Tampoco, haciendo de la audiencia un mero acto formal: es decir, tomar audiencias conjuntas, con todos los miembros del jurado presente en el mismo momento. Eso no toma en cuenta las restricciones que los individuos tienen para reconocer sus propios prejuicios de género, raciales, religiosos, etc. frente al resto de los jurados/as. Aquí, cabe señalar que los estudios comparados y simulados demuestran la incidencia negativa que tienen esta forma de realización de la audiencia. Además, otra forma en la cual este mecanismo se convierte en un mero acto formal, es cuando los miembros que manifiestan que tienen dudas sobre su parcialidad en el caso, en vez de ser apartados inmediatamente se los mantiene en el jurado y les hacen realizar un especial juramento en donde

---

<sup>10</sup> El estudio muestra que los abogados son expertos en identificar a los jurados con niveles altos de sesgo implícito racial que son consistentes con sus intereses legales. Utilizando un *Voir dire* simulado, los profesionales asignados al papel de abogado defensor de un acusado negro es más probable que excluya a los jurados con altos niveles de prejuicio racial implícito, mientras que los fiscales de un acusado negro hicieron lo contrario.

estos miembros se comprometen a no tener en cuenta prejuicios y sesgos a la hora de decidir al caso. Por lo tanto, si no se realizara adecuadamente este mecanismo de control de sesgos en la selección de jurados/as y los operadores y las operadoras, el instrumento carecerá de efectividad y solo formalmente se podrá afirmar que el sistema de jurado posee dicho mecanismo.

### 3.3 LA IMPORTANCIA DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS Y TÉCNICAS A IMPLEMENTAR EN LAS CUESTIONES DE GÉNERO

Uno de los institutos centrales del juicio por jurados en el modelo anglosajón son las instrucciones previas impartidas por el juez técnico a los jueces legos, es decir, se informa a los jueces legos el resumen de las pruebas presentadas y las reglas jurídicas que deben conocer y respetar a los fines de llegar a su decisión.

A este respecto, Reyes (2021) afirma que “en las instrucciones, el juez transmite la ley constitucional, convencional, el derecho procesal, el derecho probatorio (reglas sobre la valoración de la prueba, el estándar de prueba requerido para la emisión de un veredicto de culpabilidad: más allá de toda duda razonable) y el derecho penal”.

Respetuoso del sistema adversarial estas instrucciones del juez o de la jueza al jurado, son confeccionadas con la participación de las partes que se realizan en audiencia privada entre el juez/la jueza, los abogados/las abogadas de la defensa y de la parte acusadora. En estas reuniones las partes formulan las propuestas de instrucciones y las objeciones a las propuestas de la contraparte. Pero incluso como afirma Reyes (2021) se confeccionan multi disciplinariamente modelos de instrucciones previas, que guían el proceso, lo que tendrá mucha utilidad en nuestro tema.

Reyes (2021), además de caracterizar las instrucciones previas en el derecho y su importancia como acta de comunicación del juez al jurado sobre la correcta aplicación de la ley, establece la obligatoriedad de la incorporación de la perspectiva de género en las instrucciones previas en los casos de violencia contra la mujer y en aquellas en las que las mujeres son acusadas de delitos en contextos de violencia de género. Asimismo, emprende la tarea de evaluar instrucciones de jurados violatorias de la perspectiva de género y construye modelos de instrucciones respetuosas de estas mismas perspectivas. Así, resulta de suma importancia la incorporación en las mismas de las advertencias al jurado sobre estereotipos y

sesgos implícitos, en general, y de género, en particular, para cada clase de delito que involucre violencia de género respecto a la mujer.

En el relevamiento de la literatura de estereotipos y sesgos implícitos (VILLANUEVA, 2021), la importancia de las instrucciones previas pueden ser descompuestas en tres mecanismos principales que tienen un rol principal a la hora de realizar el control de decisiones sesgadas: 1) Puede servir la instancia para reforzar el mensaje sobre importancia de los estereotipos de género que no deben ser utilizados así como el funcionamiento de los sesgos implícitos o en su caso la capacitación sobre ellos (KANG *et al.*, 2012; REYES, 2021). Así como también 2) se pueden desarrollar en ellas estrategias de categoría consciente (KANG *et al.*, 2012); y 3) estrategias de “blind foldind” en la cual se establecen instrucciones específicas respecto a la prueba o información excluida o usos excluidos de la información legítimamente incorporada.

### **3.3.1 Estrategias de categoría consciente y “blind foldind” en cuestiones de género**

Los estudios sobre sesgos señalan que las instrucciones previas pueden ser una instancia propicia para desarrollar las estrategias de concientizar sobre la categoría de caso a tratar. Habitualmente se piensa que para evitar los sesgos en un caso que por el tipo de hecho o las partes involucradas podría potencialmente involucrar un caso de género o racial, habría solo requerir al jurado o a la jurada que sea imparcial y que no tomen en cuenta estas particularidades. Contrariamente, sería mejor instruir a los jurados a las juradas resaltando que nos encontramos frente un posible caso que nos enfrenta al problema racial, de género, etc. (KANG *et al.*, 2012). Estudios como los llevados a cabo Sommers (2006), muestran como el hacer consciente a los jurados y las juradas que se está frente a un posible caso de discriminación sobre un grupo los jurados, se obtiene como resultado menos parcialidad contra ese grupo. La estrategia parece útil para diversas formas de categorización social, como son los casos que involucran cuestiones de género. Así, resulta importante que se les recomiende a los jurados y las juradas poner la posible existencia de sesgos sociales en el primer plano de la discusión. Sigue un efecto, por un lado, de una mayor confrontación en la deliberación y, por otro, en la discusión misma disminuye la incidencia de los sesgos en la decisión. (KANG *et al.*, 2012.)

Esta estrategia no es contradictoria con la instrucción que se le debe dar al jurado o a la jurada respecto a la presencia de sus sesgos hacia un determinado grupo (VILLANUEVA,

2021). Dicho en otras palabras, la instrucción de no fallar debido a los estereotipos y sesgos de género, implica alertarlos sobre esta clase de sesgos y que deben ser discutidos.

Por eso, un punto esencial para el éxito de la estrategia de categoría consciente, además de hacerlas explícitas en las instrucciones previas dada a los jurados y las juradas, es la forma en que las partes litiguen estos casos. Son ellas que tienen un rol central de hacer explícito la categoría consciente en casos vinculados al género a la hora de establecer su teoría a lo largo del proceso y no solo en las audiencias orales frente al jurado. En dicha audiencia, específicamente, se deberá enfocar en presentar teorías del caso adecuada en los alegatos de apertura, que pongan de relieve la necesidad de incorporar la perspectiva de género en su análisis y que el caso presenta aristas que los harán más vulnerable a los estereotipos y sesgos implícitos que habrán de evitar para fallar imparcialmente. También se plasmará esta teoría del caso con perspectiva de género, en la forma en que se deberán realizar los interrogatorios a las testigos, a las formas de realización de las preguntas a los imputados/as y su contenido. Por último, es necesario fortalecer también el caso en los alegatos de cierre, con el fin de probarse estrategias de cambio de perspectivas, que consistiría en que los jurados y las juradas intenten cambiar las perspectivas a la posición del grupo vulnerable sea este el acusado o la víctima, el actor o el demandado.

A este respecto, se ha podido observar en Argentina, la creciente preocupación sobre los aspectos de la litigación con perspectiva de género y una mayor oferta en capacitaciones a los abogados/abogadas en este tipo de enfoques.

Además, la técnica de “Blind foldind”, resulta de importancia a la hora de controlar las decisiones sesgadas en el jurado, pero se realizan en general una serie de advertencias en su utilización. De manera sencilla, esta técnica consiste en taparse los ojos, poner tras un velo de ignorancia cierta información que potencialmente podría generar los sesgos en la decisión, con el objetivo de suprimirlos o al menos mitigarlos. Este velo podría introducirse en el juicio al momento de la selección de las pruebas admisibles por parte del Tribunal o en las instrucciones previas. Sin embargo, en algunas ocasiones, sobre todo en las instrucciones previas, puede resultar ineficaz o tener efectos contraproducentes, ya que los jurados y las juradas podrían darle una importancia mayor pese a la prohibición de tomarlos en cuenta (VILLANUEVA, 2021).

En casos de género, existen numerosas causas de exclusiones probatorias para los delitos que tienen conexión a problemas de género. En este sentido, se destaca el aporte de Arena

(2021) sobre el análisis de las medidas contra los sesgos implícitos en el razonamiento probatorio, establecidas por el Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional, en cuanto regula que la credibilidad, la honorabilidad o la disposición sexual de la víctima o un testigo no pueden inferirse del comportamiento anterior o posterior de la víctima y como así mismo no se admitirán pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. Regulaciones de esta naturaleza son cada vez más visibles y cada vez existe una mayor atención de la doctrina sobre qué información debe ser excluida como así también los efectos que pueden surgir del mismos al disminuir los sesgos utilizados por los juzgadores y las juzgadas.

### 3.4 DELIBERACIÓN, COMPOSICIÓN Y MOTIVACIÓN

En este apartado se tratarán algunos aspectos específicos con relación al estilo de la deliberación, la dirección del o la presidente del Tribunal, la composición y la exigencia de motivación que tienen relevancia a la hora de la mitigación de los estereotipos y sesgos de jurados.

Sin dudas, la forma de la deliberación en el jurado enriquece la visión que tenía cada jurado individual antes de la misma. Dicho en otras palabras, el jurado es un grupo que establece una decisión colectiva, que se diferencia en la forma de procesar la información de una manera diferente a las que arribarían los miembros individuales (VILLANUEVA, 2021). Los resultados de los estudios realizados, simulados como casos reales, muestran como las preferencias y votos de los jurados/as expresadas por los jurados individuales son diferentes a las que se toman luego de una deliberación efectiva en el grupo de jurados/as. También se ha constatado la modificación de creencias de los jurados y juradas a partir de las dinámicas de grupo en la sala de deliberaciones y otros factores extralegales como son las introducciones de los jueces, la regla de decisión y el tamaño o el tipo de jurados (GARZÓN, 1994).

La mayoría de los estudios relacionados al tema le otorgan a la discusión entre los jurados y las juradas, en la reducción de sesgos, principalmente los vinculados a la impresión inicial o a información extralegal (KAPLAN; GARZÓN, 1987). El modelo de integración explica que todo jurado realiza un juicio previo individual con la información incorporada de la evidencia en la audiencia procesando las mismas junto con las sus impresiones previas y la información extralegal que trae al juicio, incluidos sus propios sesgos. Este juicio es parcial e incompleto, ya que no se reconstruye en base a toda la evidencia, la captación y memoria del jurado o la jurada individual. Una vez que ingresa a la sala de deliberación con el resto de los

miembros del jurado, a través de las diversas intervenciones de los jurados en la discusión, la información sobre la evidencia que cada miembro considera relevante se comparte.

Las discusiones versan sobre la evidencia y la credibilidad de las fuentes de prueba, y en una proporción muy baja respecto a impresiones iniciales e información extralegal. La información de evidencia compartida se integrará al juicio previo individual realizado por cada jurado pudiendo incluso modificar el sentido de su decisión. Así, se obtendría una mayor cantidad de información legal sobre la evidencia discutida y consecuentemente es menor la incidencia de los factores extralegales entre los que se incluyen los sesgos de los jurados individuales. Contrariamente, la incidencia de los sesgos, al igual que los valores personales e impresiones iniciales serán mayor en el caso de que la evidencia en el juicio sea escasa o cuando se trate de cuestiones en donde en el fondo haya discusiones morales, como por ejemplo sobre la corrección del acto o cuando los miembros estén enfocados en lograr más la armonía del grupo que una decisión adecuada, así como cuando se encuentran condicionados a manifestar sobre posición previamente.

Sobre estos últimos puntos, los estilos de deliberación tendrán influencia en la calidad y duración de las discusiones y en la forma de llegar al veredicto (VILLANUEVA, 2021). En este sentido, Garzón (1994) diferencia entre dos modelos extremos, el estilo justificacionista y el estilo constructivista.

En el primer estilo, el o la presidente del Tribunal somete al grupo a una votación inicial en el cual se reconocen las posiciones de los miembros y el grado de acuerdo existente inicial. En el caso de la existencia de desacuerdo, el grupo se divide y polariza en favor y contra de la inocencia y culpabilidad y en el grupo de los indecisos. Una vez fijadas las posiciones, comienza la discusión argumentativa apelando a las pruebas y testimonios. Esto implica un recorte de la información que se analiza, ya que no se discute sobre toda la evidencia que se ha expuesto en la causa sino solo a la evidencia a favor o en contra de la tesis sobre la culpabilidad del imputado. La focalización del debate se encuentra alcanzar el veredicto final. Además, se realizan diversas y sucesivas votaciones hasta obtener la mayoría u unanimidad exigida procesalmente, ejerciéndose mayor presión sobre los jurados indecisos o que representen la minoría. Obviamente, e independientemente si se haya revisado toda la evidencia o la calidad de la misma, una vez conseguida la votación necesaria se suspende la deliberación.

El segundo estilo, el constructivista, no comienza con una votación inicial ni intenta fijar posiciones iniciales para comenzar el debate, sino en reconstruir una historia verosímil de



lo sucedido y la participación del imputado en este. En particular, intenta reconstruir una secuencia de sucesos discutiendo sobre toda la evidencia establecida en la sala del Tribunal. Esta orientación también hace que el jurado o la juradas e a menos condicionado por su propio posicionamiento inicial, lo cual hace que sea más factible el cambio de posición y la mitigación de los sesgos del jurado. Al final se relacionan con las categorías legales y si se han superado los estándares probatorios.

En general, el estilo construccionista favorece una mayor calidad de la discusión y una mayor participación de los miembros, convirtiéndose en el estilo de deliberación que mejor garantiza la mitigación de la incidencia de estereotipos y sesgos implícitos. En los estudios sobre género que han tratado el problema de la deliberación del jurado se comparte la idea de que este es el tipo de deliberación que debe adoptarse para garantizar que las mujeres que componen el jurado tengan una mayor participación y su opinión pueda ser escuchada (KALAFATICH, 2021; MADER, 1987). Específicamente, se propone que la modalidad de la discusión sea transmitida en las instrucciones previas que les dan a los jurados antes de entrar a deliberar (KALAFATICH, 2021). Efectivamente, en consideración de la gran diferencia existente en los efectos de estos estilos en el control de estereotipos y sesgos, los mismos no deben ser dejados a criterio decada presidente del Tribunal, sino que deben ser impuestos en las instrucciones junto con la explicación de los estereotipos y sesgos de género.

También aquí cabe destacar que la existencia de la deliberación, por sí misma y como mecanismo, no garantiza que una jurada tenga las mismas oportunidades de poder de tomar la palabra (KALAFATICH, 2021; MARDER, 1987).

Por ejemplo, creer que la deliberación en un juicio por jurados es un espacio de agentes racionales carentes de identidad y no afectados por la desigualdad social y las diversas formas de las injusticias epistémicas es un error que puede llegar incluso a invisibilizar un nuevo ámbito de la dominación. Kalafatich (2021) reconstruyendo la idea de Marder señala "...aunque la deliberación ocurre detrás de las puertas, las diferencias o desigualdades no quedan afuera. Cuando hombres y mujeres ingresan al espacio de deliberación del jurado, no dejan afuera las lecciones que la sociedad les enseñó respecto a los comportamientos apropiados para la interacción entre los géneros. En efecto, las relaciones de poder basadas en la dominación masculina y la subordinación femenina también se manifiestan en el cuarto del jurado a través de comportamientos relacionados a los géneros." (KALAFATICH, 2021, p. 153).

Además, la mayoría de los estudios feministas señalan como en los cuerpos colectivos de decisión con participación mixta, existe una tendencia a que la palabra sea tomada por los hombres, con mayor frecuencia y tiempo; así como también son los hombres, que dirijan la discusión con mayor frecuencia que interrumpan más a las mujeres y que las intervenciones femeninas sean mayormente ignoradas (FRASER, 1999). La institución del jurado y la deliberación que se realiza en el mismo también indican la misma tendencia: La participación de las mujeres en la deliberación es menor que la de los hombres y casi la totalidad de los presidentes de jurados que tienen como misión guiar la discusión, organizar la votación y dar la palabra, etc., son hombres.<sup>11</sup> Además, los estereotipos y sesgos de género de estos jurados discriminan a las mujeres en el interior de la deliberación.

Asimismo, la integración del jurado por más heterogénea y representativa que sea no es suficiente para garantizar que las desigualdades sociales no se reproduzcan en su interior. Las mujeres, los miembros de clases sociales desventajadas, las personas transgénero, los miembros de etnias minoritarias, etc. podrán participar formalmente, pero la desigualdad afecta la forma de su intervención, la posibilidad de hablar, de ser escuchados, de ser tomados en cuenta y tener una incidencia efectiva en la decisión. Por eso, es necesario reflexionar sobre los mecanismos y las estrategias para que estas desigualdades no afecten la deliberación. Por lo tanto, Marder (1987) señala que estas estrategias deben estar destinadas a modificar el diseño institucional, de tal manera que equilibren estas desventajas. Hay que pensar en formas que permitan que las personas desventajadas, incluidas las mujeres, puedan tomar las palabras. Como se ha adelantado, algunas de las estrategias rodean en no dejar la regulación de la palabra y del diálogo en manos de presidente del Tribunal y adoptar como normas los mecanismos del estilo constructivista, que permita no solo llegar a una decisión sino garantizar la más extensa participación de cada una de las personas que componen el jurado exigiendo dar la palabra a cada una de ellas y que el presidente tenga la obligación de incentivar la participación de las todas personas.

Se puede pensar incluso, atento el sesgo a la hora de elegir presidente del Tribunal, si sería conveniente la elección mediante azar del mismo o si no sería conveniente alguna forma de presidencia compartida mixta.

---

<sup>11</sup> Se observa incluso en un estudio de 155 casos, solamente en el 9% de los mismos se eligió a una mujer como representante.

Otro de los aspectos importantes a la hora de lograr una mejor calidad de la deliberación y de esta manera mitigar los estereotipos y sesgos es resaltar la influencia del tamaño y la regla resolutoria adoptada. Los estudios empíricos analizados en Villanueva (2021) muestran la forma en que los jurados de doce miembros y unánimes alcanzan decisiones más consistentes y permiten una deliberación más profunda e inclusiva. En los jurados que se basan en la mayoría, la discusión se detiene al alcanzar la mayoría necesaria, se enfoca el debate al veredicto y no a la integración de la información. También, existe un menor recuerdo y evaluación de la evidencia y hay una menor participación de las minorías. Así, la reducción y la ampliación del tamaño del Tribunal tienen una incidencia. Por ejemplo, no es lo mismo un jurado de doce miembros que uno de hecho. Si se elige un diseño con tamaño reducido, por un lado, se obtiene una menor representación social y, por otro lado, se provoca que las disidencias de las minorías tengan menor impacto y participación. Dicho en otras palabras, al reducir el tamaño se reducen las posibilidades de manifestar desacuerdos. Esto significa que, si se toma en cuenta la dinámica de las votaciones dentro del jurado, hay menos posibilidades de que los otros miembros secunden y apoyan al disidente sobre una cuestión importante (SAKS, 1982; SOBRAL; ARCE, 1990; ARCE *et al.*, 1991). Siguiendo las observaciones realizadas anteriormente respecto a la dificultad de la participación e incidencia de las mujeres en la deliberación, se puede afirmar que no es neutral la elección de un diseño de tamaño y regla de elección. Sin embargo, un diseño de doce jurados y de decisión unánime puede incrementar las posibilidades de participación y la incidencia de sus disidencias.

Por último, la motivación del veredicto del jurado, uno de los aspectos más problemáticos, no es una característica común en gran parte de los diseños de juicio por jurados. Está presente en los modelos escabinados y en los modelos ensamblados o mixtos, como pueden ser los de la provincia de Córdoba (Argentina) y España, pero no en el modelo más extendido en América que es modelo anglosajón. Sin embargo, motivar implica exponer las razones que justifica el decisorio. Así, a través de esta expresión puede controlarse la corrección de las razones utilizadas y también permitir el control de los estereotipos utilizados. La importancia de la motivación para realizar el control social de los estereotipos queda evidencia a través de la reacción social y doctrinaria provocada respecto a fallos que utilizaron abiertamente estereotipos de género en su decisión; así como en la evaluación de las decisiones judiciales desde la perspectiva de género queda de manifiesto a través de las resoluciones de la Corte Interamericana. En particular, el control que exige la Corte Interamericana para la identificación

de los estereotipos de género en las decisiones judiciales presupone justamente que la misma se realiza sobre la fundamentación establecida.

La motivación permite claramente el control de la utilización de los estereotipos explícitos tanto descriptivos como normativos dentro de la decisión (VILLANUEVA; STAMILE, 2020) pero no queda claro cómo puede controlarse a través de la misma los sesgos ocultos ni los sesgos implícitos directamente. Sin embargo, la necesidad de motivar implica para el jurado un proceso racional adicional que puede permitir una reflexión más pausada, en donde se debe profundizar no solo en las razones para la convicción en la inocencia o en la culpabilidad, sino también en la aceptabilidad pública de dichas razones (VILLANUEVA, 2021).

En general, el debate sobre la inmotivación o motivación del veredicto del jurado se ha dado en el marco de la discusión respecto a la aceptación o no de la institución del jurado, por eso existe un fuerte rechazo desde las posiciones que defienden el jurado anglosajón a reconsiderar la introducción de la motivación. Sin dudas, adoptar la perspectiva de género, obliga a reabrir el debate respecto a la utilidad de la misma como mecanismo de control de estereotipos. Muchos de los grandes avances que se han realizado en la impugnación de sentencias que involucran estereotipos y sesgos normativos y descriptivos de género se ha dado gracias a poder conocer las razones subyacentes a las mismas. Por eso, la ponderación de los principios involucrados lleva a impulsar modelos de jurados que incluyan este tipo de mecanismos de control, como puede ser el jurado español.

#### **4. CAPACITACIONES SOBRE ESTEREOTIPOS Y SESGOS IMPLÍCITOS DE GÉNERO EN LOS JURADOS**

Por último, y muy brevemente, se considera necesario la incorporación de la capacitación de los jueces legos respecto a la influencia de los estereotipos y sesgos de género como herramienta para la mitigación de los mismos en la decisión y para formar a la ciudadanía en la perspectiva de género. En este sentido, se destaca la implementación de mecanismos como los establecidos por la ley Micaela para la formación de los jueces técnicos y operadores judiciales.

Estas capacitaciones tienen como objetivo de evidenciar la existencia de esta clase de estereotipos y sesgos sociales, así como la desigualdad estructural. En la mayoría de los estudios sobre sesgos se establece la necesidad de que estas capacitaciones sean con interacción activa para

que pueden reconocer sus propias acciones sesgadas. Lo importante en este sentido es que los jurados y las juradas pongan en duda su objetividad de tal manera que puedan ser capaces de realizar verificaciones a lo largo de la audiencia, deliberación y decisión para impedir el tipo de asociaciones sesgadas (Kang et al., 2012).

El proceso debe ser continuo, en el sentido que además de la realización del curso como se ha establecido, también deben aprovecharse la audiencia de selección de jurados y las instrucciones previas como formas de reiterar la sensibilización respecto a los estereotipos y sesgos de género<sup>12</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, y a la luz de lo expuesto, se puede afirmar en primer lugar que los sesgos y estereotipos de género son un obstáculo para el acceso a la justicia y una forma de violencia y discriminación. En segundo lugar, se evidencia la necesidad de profundizar en los enfoques institucionales y principalmente en las instituciones procesales y diseño de las mismas que permitan un mayor control de estereotipos y sesgos cognitivos. También, se subraya la relevancia de reflexionar sobre instituciones procesales como el juicio por jurados, pues, más allá de su importancia como institución que permite democratizar la justicia, tiene, por un lado, un rol central en el juzgamiento de la violencia femicida en los países que lo han incorporado en función de su competencia para juzgar crímenes graves. Por otro lado, el mismo posee un conjunto de mecanismos de control de estereotipos y sesgos que permiten mitigar y obstaculizar la presencia de los mismos dentro del proceso.

Finalmente, hay que señalar cuales son los principales mecanismos existentes en los jurados, es decir: la integración heterogénea; y la audiencia de *Voir dire*. Los estudios empíricos

---

<sup>12</sup> En este sentido se destaca que “Atento que la selección de jurados es una de las primeras instancias en la cual se encuentran las partes reunidas con los ciudadanos que serán los encargados de juzgar, algunos jueces realizan en ese momento las capacitaciones a los jurados sobre sesgos implícitos. Un ejemplo la actividad que realiza el juez Bennet quien realiza una charla de 25 minutos sobre la influencia de los sesgos implícitos. En esta capacitación se incluye un video en el cual se muestra la forma en que la gente actúa prejuiciosamente y pone al jurado frente a la pregunta de cómo el reaccionaria. Finalmente, antes de dar por concluido solicita a los jurados que realicen un juramento del jurado sobre la forma en que decidirá sin recurrir a instintos, sentimientos, prejuicios y estereotipos y gustos o disgustos particulares o generalizaciones. Recientemente a este esfuerzo individual de ciertos jueces se agregan las acciones colectivas a través de los distritos de justicia en Estados Unidos, así resulta particularmente ejemplificativo de este tipo de capacitación lo realizado en el Distrito Judicial del Oeste de Washington, en el cual se intenta capacitar al jurado sobre la incidencia de los sesgos implícitos. Esto es un paso importante en el reconocimiento de la importancia del problema” (Villanueva, 2021).

analizados permiten comprender porque funcionan como control de los estereotipos y sesgos implícitos sociales, en general, y de género, en particular, y como puede mejorarse su funcionamiento. Por lo tanto, resulta necesario el desarrollo de mayor investigación empírica dentro de los mencionados modelos para monitorear el funcionamiento de los mismos en la justicia local.

Por último, existen un conjunto de medidas adicionales que parecen necesarias a la hora de implementar en el juicio por jurados para la mitigación de sesgos implícitos y sesgos como la capacitación en el juicio por jurados previa al inicio del juzgamiento.

## 5. REFERENCIAS

- ARCE, R. (1989). **Perfiles Psicosociales**, Veredictos y Deliberación en Jurados Legos. Tesis Doctoral, Universidad de Santiago.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., & Real, S. (1998). Jurados: de su composición y sus efectos en la toma de decisión. **Revista de Psicología Social**, Sd.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., Sobral, J. (1995). Construcción estadística de perfiles predictores de sesgo en la formación de juicios. **Revista de Psicología Social**, 10(1), 3-16.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., Vila (1995). Perfiles psicosociales como predictores de sesgo en la toma de decisión del Jurado. **Revista de Psicología Social**, 10(1), 93-102.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., Vila, C. (1994a). Sobre la calidad y ubicación de las instrucciones judiciales al jurado. **Revista de Psicología Social Aplicada**, 4(3), 105-119.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., Vila, C. (1994b). Análisis de contenido en la interacción de jurados legos homogéneos. **Análisis y Modificación de Conducta**, 20(74), 817-831.
- ARCE, R.; FARIÑA, F., Vila, C. (1995b). Análisis de los factores individuales y grupales explicativos de la indulgencia/rigidez de los jurados. **Boletín de Psicología**, 47, 103-120.
- ARCE, R., FARIÑA, Fraga, I (2000), Género y formación de juicios en un caso de violación de Arce, Fariña y Fraga. Ramón Arce, Francisca Fariña y Ana Isabel Fraga Universidad de Santiago de Compostela y Universidad de VigPsicothema –, CODEN PSOTEG 2000. Vol. 12, nº 4, pp. 623-628.
- ARCE, R.; FARIÑA, F. (1997). Sesgos en la formación de juicios y decisiones de los jurados: la aproximación de no modelo. En Fariña, F. y Arce, R. (Coords.), **Psicología e investigación judicial** (pp. 165-182). Madrid: Fundación Universidad Empresa.
- ARENA, F. (2021). “Acerca de la relevancia de la investigación sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial”, en Federico Arena, Pau Luque Sánchez y Diego Moreno Cruz (eds.), **Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021.
- ASENCIO, R. (2010). **Discriminación de género en las decisiones judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género** - 1a ed. - Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

- BIERNAT, M.; FUEGEN, K. (2001). Shifting standards and the evaluation of competence: Complexity in gender-based judgment and decision making. **Journal of Social Issues**, 57, 707-724.
- BORNSTEIN, B.; GREENE, E. (2017). **The Jury Under Fire: Myth, Controversy, and Reform**. Oxford: University Press Scholarship Online.
- ALENCAR, Cardoso Onofre de (2015) Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad** N° 9, octubre 2015 – marzo 2016, pp. 26-48
- CARLSON, K.; RUSSO, E. (2001). Biased Interpretation of Evidence by Mock Jurors, **Journal of Experimental Psychology: Applied** 2001, Vol. 7, No. 2, 91-10.
- COOK, R.; CUSACK, S (2010). **Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives**. Editorial University of Pennsylvania Press.
- CUSAK, Simone, (2013). Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, Research Report, submitted to the **Office of the High Commissioner for Human Rights** on 14 October 2013
- DAVIS, Kerr; ATKINS, Holt; MECH. The Decision Processes of 6-and 12-Person Mock Juries Assigned Unanimous and Two-Thirds Majority Rules, 32 J. of **Personality & Soc. Psych.** 1 (1975)
- DIAMOND, S., CASPER, J., OSTERGREN, L. (1989). Blind Foldind the Jury. **Law and Contemporary Problems**, 247-267.
- DUNHAM, Catherine Ross (2017) “Third Generation Discrimination: The Ripple Effects of Gender Bias in the Workplace”, **Akron Law Review**: Vol. 51, Iss. 1, Article 2. Available at: <http://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol51/iss1/2>
- FRASER, N. (1999). Repensando la esfera pública: una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente. Publicado en la **Revista Ecuador Debate** N. 46, Centro Andino de Acción Popular, 1999. Versión original “Habermas and the Public Sphere” fue publicada en The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1992.
- FRIEDMAN, **Trial by Jury**: Criteria for Convictions, Jury Size and Type I and Type II Errors, 26-2 Am.Stat. 21 (Apr.1972)
- GARZÓN, A (1994). Sala de justicia y Jurados. **Boletín de Psicología**, 44, 27-56.
- GARZÓN, A. (1990) **Psicología y Jurados**. Valencia. Promolibro.
- GIANFORMAGGIO, L. (2005). **Eguaglianza, donne e diritto**. A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch (eds). Il Mulino: Bologna.
- GREENWALD, A. G., MCGHEE, D. E., SCHWARTZ, J. K. L., A. G. (1998). «Measuring individual differences in implicit cognition. The implicit association test». **Journal of personality and Social Psychology** **Hans**, V. P., y Vidmar, N. (1986). Judging the Jury. Nueva York: Plenum Press.
- HARFUCH (2021) Acerca de la ley de juicio por jurados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Buenos Aires: **Revista Erreiusion line**. Recuperado de

<http://www.juicioporjurados.org/2021/10/doctrina-acerca-de-la-ley-de-jurados-de.html>

HASTIE, H., PENROD, S.; PENNINGTON, N. (1983). *Inside the Jury*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

HIGGIN BOTHAM, P.; ROSENTHAL, I.; GENSLER, S. (2020). Bringing Back the Twelve-Person Civil Jury. **Revista Judicature** 104, pag 47 a 59.

HOLDROY, J., Scaife, R., & Stafford, T. (2017). **What is implicit bias?** *Philosophy Compass*, 80-100.

LIMA, Jairo; BUENO, Marcella Pradella; STAMILE, Natalina. (2021). “Supremas Ministras: a Inclusão de Mulheres na Composição do STF à Luz da Legitimidade das Cortes Constitucionais”, Dossiê temático “Gênero e Instituições Judiciais: conexões teóricas e práticas”, **Revista Direito Público**, vol. 18, n. 98, 2021, pp. 217-255.

KAHNEMAN, D. (1982). **Judgment under uncertainty: Heuristics and**. Cambridge: Cambridge University Press.

KAHNEMAN, D. (2013). **Thinking, fast and Slow**. New York.

KALAFATICH, C. (2021). **Juicio por Juradxs y Género: ¿La paridad como punto de llegada o como punto de partida?** en Postigo -Sucunza (comps) (2020) *Juicio por Jurados en la Justicia Civil*.

KANG, J., Bennet, M., CARBADO, D., CASEY, Pam; DAGUSPA, N.; LEVINGSON, J. (2012). **Implicit bias in the Courtroom**. *Ucla Law Review*, 1124-1186.

KAPLAN, M. F. (1989). Factores psicológicos en la conducta de jurados. En A. Garzón (ed.). **Psicología y Justicia**. Valencia: Promolibro.

KAPLAN, M. F. y Kemmerick, G. (1974). Juror Judgment as Information Integration: Combining Evidential and Non-Evidential Information. **Journal of Personality and Social Psychology**, 30, 493-499.

KAPLAN, M. F., y Miller, J. H. (1978). Reducing the Effects of Juror Bias. **Journal of Personality and Social Psychology**, 36, 1443-1455.

KAPLAN, M., y Garzón (1988) Dos alternativas de lo que la psicología puede aportar al derecho. **Boletín de Psicología**. 19, 1-15.

KAPLAN, M., y Garzón. (1986) Cognición Judicial. **Boletín de Psicología**. 10, 7-27.

Lorenzo, Leticia, (2015). “Audiencia de Selección de Jurados” en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41128.pdf>.

MARDER, N. (1987). **Gender Dynamics and Jury Deliberations**, *The Yale Law Journal*, 593-612.

MARTÍN RODRIGUEZ, A (1994). Psicología social y jurados: algunas líneas de investigación en **Psicología legal y Forense**.

SAKS, Michael. (1974). **Ignorance of Science is No Excuse**. *Trial* 10.

MORRISON, M., DE VAUL-FETTERS, A.; GAWRONSKI, B. (2016). Stacking the Jury: Legal Professionals’ Peremptory Challenges Reflect Jurors’ Levels of Implicit Race Bias.



**Personality and Social Psychology Bulletin**, 1129–1141.

NOTE, An Empirical Study of Six-and Twelve-Member Jury Decision-Making Processes, 6 U.Mich.J.L. Reform 712 (1973)

PABST, Statistical Studies of the Costs of Six-Man versus Twelve-Man Juries, 14 Wm. & Mary L.Rev 326 (1972)

PENNA, C. (2016). **Audiencia de selección de jurados**: repensando la imparcialidad. La ley Buenos Aires, 113.

PENNINGTON, N. (1981). **Causal Reasoning and Decision Making**: The Case of Juror Decisions. Tesis Doctoral, Harvard University.

PENNINGTON, N., y Hastie, R. (1986). Evidence evaluation in complex decision making. **Journal of Personality and Social Psychology**, 51, 242-258.

Penrod, S. (1990). Predictors of Jury Decision Making in Criminal and Civil Cases: A Field Experiment. *Forensic Reports*, 3, 261-277.

PHILLIPS, A. (1995). **The politics of presence**. Oxford: Oxford University Press.

REYES, A. (2021a) Instrucciones al jurado con perspectiva de género. **Revista la Ley, suplemento Abogacía Corporativa**. Tomo 2021.E (10 de septiembre de 2021).

REYES, A. (2021b) La perspectiva de género y la diversidad en la integración del jurado. **Revista La Ley Ciudad Autónoma de Buenos Aires**. Noviembre 2021. Número 6.pag. 1 a 5. Editorial Thompson Reuters.

SAKS (1995). The Smaller the Jury, the Greater the Unpredictability *Judicature* 79, pp. 236-264.

SAKS, M. y Smith, A. (2008) The Case for Overturning *Williams v. Florida* and the Six-person Jury: History Law and Empirical Evidence (2008).

Saks, M. (1998) **What Do Jury Experiments Tell Us About How Juries (Should) Make Decisions**. 6 S. Cal. Interdisc. L.J. 1

SOMMERS, S. R. (2006). On racial diversity and group decision making: Identifying multiple effects of racial composition on jury deliberations. **Journal of Personality and Social Psychology**, 90(4), 597–612. <https://doi.org/10.1077/0022-3514.90.4.597>

STAFFORD, T., Holroyd, J., Scaife, & Robin. (2018). **Confronting Bias in Judging**: A Framework for Addressing Psychological Biases in Decision Making.

STAMILE, N., “Mucho para ganar y mucho para perder. Comentario al artículo de Torres Sánchez, Ximena. Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia” in **Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia**, n. 47, septiembre-diciembre de 2020, pp. 177-213, en [https://revistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/12/11/mucho-para-ganar-y-mucho-para-perder/?fbclid=IwAR1Ojvb6l6K7J9pojUAbryzINlp3rOiYZA2Mu-htTBBvIilxzzbuq4cPfUA#\\_ftn1](https://revistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/12/11/mucho-para-ganar-y-mucho-para-perder/?fbclid=IwAR1Ojvb6l6K7J9pojUAbryzINlp3rOiYZA2Mu-htTBBvIilxzzbuq4cPfUA#_ftn1), publicado el 11 de diciembre de 2020.

STAMILE, N., VILLANUEVA (2020). “Violências contra mulheres no banco dos réus: o

juulgamento do júri na província de Córdoba (Argentina)”, pp. 251-268 in Ana Cristina Aguilar Viana, Bárbara Mendonça Bertotti, Julia Heliodoro Souza Gitirana, Letícia Regina Camargo Kreuz, Tailaine Cristina Costa (Eds), **Pesquisa, Gênero & Diversidade**, vol. I, editora Íthala, Curitiba.

STAMILE, N.; VILLANUEVA, C. (2019) “Algunas reflexiones sobre el juzgamiento de la violencia contras las mujeres con perspectiva de género y los diseños procesuales penales: El caso de juicio por jurados en la provincia de Córdoba (Argentina)” en **Revista IusInkarri**, (8), 263-278. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v0i8.2733http://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/2733/2869>

SWIM, J., HYERS, L. (2009) Seximen NELSON, T.D. (ed.). **Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination**. Psychology Press, Nueva York, pp

THOMAS, C. (2011). Cuando se desmascara los mitos sobre el jurado. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, pp. 171-190.

TORRES SÁNCHEZ, Ximena. (2020) Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia” en **Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia**, n. 47, septiembre-diciembre de 2020, pp. 177-213.

VILLANUEVA, C. (2019) “Algunos Comentarios críticos al Fallo “Casales” (Juicio por jurados en la Provincia de Neuquen) Enviada y aceptada para su publicación en la Revista Jurídica digital “elDial.” <https://www.eldial.com>

VILLANUEVA, C. (2019) “El diseño clásico o anglosajón de juicio por jurados y la violación del deber demotivar: Un análisis a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.” **Revista Derecho Constitucional. Universidad Blas Pascal**, (1), 51-68. [https://doi.org/10.37767/2683-9016\(2019\)004](https://doi.org/10.37767/2683-9016(2019)004).<https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/revderconst/article/view/108>

VILLANUEVA, C. (2021) **Sesgos implícitos y juicios por jurados**. En Prensa.

*Data da submissão: 05/12/2021*

*Data da aprovação: 07/12/2021*

**O HOME QUE VIROU OFFICE: SAÚDE MENTAL NO MEIO AMBIENTE  
DO TRABALHO E O DIREITO À DESCONEXÃO NO CONTEXTO DE  
PANDEMIA**

*THE HOME THAT BECAME OFFICE: MENTAL HEALTH IN THE WORK  
ENVIRONMENT AND THE RIGHT TO DISCONNECT IN THE CONTEXT OF A  
PANDEMIC*

**Poliana Ribeiro Dos Santos<sup>1</sup>**

**Norma Sueli Padilha<sup>2</sup>**

**RESUMO:** As medidas de contenção tomadas por órgãos da administração pública e privada entre os anos de 2020 e 2021, em decorrência da necessidade de contenção do avanço da pandemia de Covid-19, causaram reflexos na vida social e impactos em indústrias, empresas, comércios, turismo, governos e, principalmente, no modo de desenvolvimento da organização do trabalho. Com as alterações impulsionadas por conta do isolamento social, os trabalhadores ficaram condicionados a dividir o seu próprio espaço residencial com as atividades laborais, transformando, assim, o seu espaço de descanso e desconexão em meio ambiente do trabalho. Além disso, diante das tecnologias de informação e do controle exercido pelos empregadores, os trabalhadores passaram a desenvolver suas atividades em suas redes sociais particulares e por meio de redes de comunicação próprias (WhatsApp, e-mail e redes sociais), tornando-se hiperconectado com o ambiente de trabalho. Apesar de haver previsão legal com relação a limitação da jornada de trabalho, essa não se verifica na nova modalidade de trabalho (home office), colocando em risco a saúde mental e física do trabalhador. Desse modo, a presente pesquisa visa abordar a relação entre meio ambiente do trabalho, hiperconexão laboral e saúde mental no contexto da pandemia de COVID-19. Busca-se, dessa forma, discutir os impactos da pandemia na saúde mental dos trabalhadores devido a hiperconexão laboral. Para tanto, a pesquisa se desenvolveu pelo método hipotético-dedutivo, aliado a técnicas de pesquisas bibliográficas e documentais.

**Palavras-chave:** Meio ambiente do trabalho; Home Office; Hiperconexão laboral; Direito à

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC (PPGD/UFSC). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGPD/UFSC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2149540920056487>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0698-2095>. E-mail: [polianaribeiro.prs@gmail.com](mailto:polianaribeiro.prs@gmail.com)

<sup>2</sup> Pós-doutora em Ética Ambiental pelo IFCH da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7757445128600174>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7088-3767>. E-mail: [normasp@uol.com.br](mailto:normasp@uol.com.br)

desconexão; Saúde mental.

**ABSTRACT:** The containment measures taken by public and private administration bodies between the years 2020 and 2021, as a result of the need to contain the advance of the Covid-19 pandemic, caused reflexes on social life and impacts on industries, companies, commerce, tourism, governments and, mainly, in the way of development of the work organization. With the changes driven by social isolation, workers were conditioned to share their own residential space with work activities, thus transforming their space for rest and disconnection into a work environment. In addition, given the information technologies and the control exercised by employers, workers started to develop their activities in their private social networks and through their own communication networks (WhatsApp, email and social networks), becoming hyperconnected with the working environment. Although there is a legal provision regarding the limitation of working hours, this is not verified in the new type of work (home office), putting the worker's mental and physical health at risk. Thus, this research aims to address the relationship between the work environment, labor hyperconnection and mental health in the context of the COVID-19 pandemic. In this way, the aim is to discuss the impacts of the pandemic on the mental health of workers due to labor hyperconnection. Therefore, the research was developed using the hypothetical-deductive method, combined with bibliographic and documentary research techniques.

**Keywords:** Work environment; Home Office; Work hyperconnection; Right to disconnect; Mental health.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A proteção jurídica da saúde mental do trabalhador; 3. Pandemia da covid-19: meio ambiente de trabalho e saúde mental do trabalhador; 4. A hiperconexão laboral e o direito a desconexão; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 ocorreu um surto patológico viral na cidade chinesa de Wuhan, que em poucos meses tomou proporção mundial. O vírus causador de uma grande crise sanitária foi identificado como SARS-CoV-2 e denominada como coronavírus (COVID-19). A transmissão do vírus ocorreu de forma muito veloz e letal, exigindo um combate agressivo e medidas estatais para preservação da vida humana (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.). Desse modo, com o objetivo de desacelerar e frear a transmissão da COVID-19, muitos países, inclusive o Brasil, adotaram medidas de contenção, como: isolamento social (quarentena), utilização de equipamentos de proteção (máscaras) e a redução de deslocamento urbano (THUNSTROM *et al.*, 2020, s.p.).

A situação se agravou de maneira rápida, quando em 26 de fevereiro de 2020 o Ministério da Saúde do Brasil confirmou o primeiro caso de COVID-19. Em 04 de março de

2020 foi decretado o estado de emergência nacional. E por fim em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a elevação do estado da contaminação à pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus.

As medidas de contenção da COVID-19 causaram reflexos na vida social e impactos (a curto, médio e longo prazo) em indústrias, empresas, comércios, escolas, universidades, turismos, governos e, principalmente, no modo de desenvolvimento do trabalho diário. Em virtude do isolamento social e da desconstrução da forma social até então posta, empregadores amargaram prejuízos financeiros, deterioração de estoques e, conseqüentemente, tiveram que reduzir o número de trabalhadores empregados, como também, precisaram alterar significativamente a forma de execução do labor (NASSIF; CORRÊA; ROSSETTO, 2020, p.15).

Outra consequência da COVID-19 e dessas medidas de contenção, especialmente no Brasil, foi o alto índice de desemprego, chegando a 13,5% em 2020 e representando o maior número desde 2012 (IBGE, 2021, s.p.). Buscando a manutenção do emprego, da economia estatal e da preservação dos lucros, normas trabalhistas foram flexibilizadas para atender a situação de calamidade pública do país. Iniciando assim, de modo massivo, o trabalho na modalidade home office, remoto e o teletrabalho.

Nesse contexto de instabilidade econômica e movidos pelo temor de perder o emprego, um número exorbitante de trabalhadores brasileiros se sujeitaram ao trabalho em home office, abrindo a intimidade de seus lares para ali criar o seu meio ambiente laboral. Criou-se, desse modo, uma nova organização, em que o trabalhador é coagido a dividir o seu espaço residencial, seus equipamentos eletrônicos, suas instalações (energia elétrica, água e conectividade) e redes familiares para poder manter o emprego. O empregado, assim, perdeu seu espaço de conforto, descanso, unidade familiar e lazer, para operar sem qualquer retribuição a todas as perdas enumeradas.

Diante do desenvolvimento das atividades longe da empresa (remoto, teletrabalho ou home office), os empregadores comumente estabeleceram processos de controle e invasão de privacidade de seus trabalhadores, por meio de e-mails, whatsApp, telegram, instagram e até GPS, colocando o trabalhador na posição de hiperconectado e à disposição permanentemente do trabalho.

Frente a todos esses fatores, a presente pesquisa visa abordar a relação entre meio ambiente do trabalho, hiperconexão laboral, saúde mental no contexto da pandemia causada pela COVID-19. Busca-se, nesse sentido, discutir os impactos da pandemia na saúde mental dos trabalhadores devido a hiperconexão laboral. Para tanto, a pesquisa se desenvolveu pelo método hipotético-dedutivo, aliado a técnicas de pesquisas bibliográficas e documentais.

## **2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR**

Antes de adentrar com maior profundidade sobre os tópicos principais do presente estudo, é essencial a construção de uma base sólida com relação ao histórico do tratamento jurídico a respeito da saúde do trabalhador. Desse modo, a presente pesquisa inicia com uma breve descrição sobre os principais diplomas legais, internacionais e nacionais, a respeito do direito a saúde mental dos trabalhadores.

A preocupação com o trabalhador, como um ser humano digno de direitos e proteções específicas, foi uma construção morosa, de muita luta e delicada. Destacam-se alguns marcos históricos significativos, tais como: a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o Tratado de Versalhes (1919), a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, e a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

Segundo Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 30) a preocupação com a saúde e condições de trabalho do trabalhador, passou por mudanças ao longo do tempo. Em cada etapa se desenvolvia uma compreensão mais ampla sobre todo o fenômeno que envolve a saúde do trabalhador, iniciando pela medicina do trabalho (1830), em que se observou a necessidade de manter trabalhadores sadios nas fábricas, com a finalidade de não prejudicar o processo produtivo. O objetivo se restringia em identificar trabalhadores doentes.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as preocupações voltaram-se à saúde ocupacional (1950), em especial para a assistência médica do trabalhador, sem a intenção de prevenir acidentes de trabalho ou a doenças ocupacionais. A terceira etapa se caracterizou pela atenção à saúde do trabalhador (1970), a partir da qual foram adotadas medidas e normatizações internacionais com o objetivo de prevenir acidentes e doenças do trabalho. Por fim, a última etapa histórica apresenta pelo autor consistiu na preocupação ampla com a

qualidade de vida do trabalhador (1985), ou seja, pretende-se avançar para além da saúde do trabalhador: “busca-se a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida” (OLIVEIRA, 2011, p. 28).

Observa-se, assim, que houve um significativo processo de desenvolvimento a respeito da percepção legal e social sobre a saúde do trabalhador. Paulatinamente, deixou-se de lado o arcaico conceito de que saúde consistia apenas na ausência de doença, para um conceito amplo de “processo de equilíbrio entre corpo, mente e emoção, do qual resulta um estado de bem-estar integral do ser humano” (LEITE, 2003, p. 174).

Partindo dessa ampliação da abrangência do entendimento de saúde, em especial para a saúde mental, alguns diplomas merecem destaque e servirão de pilar para todo o desenvolvimento da contemporânea tese de abalo a saúde do trabalhador, pela hiperconexão.

O primeiro diploma que se destaca é o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, o qual foi o primeiro documento internacional que se referiu ao direito ao meio ambiente saudável (GOLDSCHMIDT, 2020, p. 17). O aludido Pacto reconheceu, em seu artigo 12, item 2, alínea “b”, “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”. Para tanto, estabeleceu que os Estados-partes deveriam adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, medidas que se façam necessárias para assegurar “a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente” (PACTO, 1966, s.p.).

Outro diploma que merece destaque é a Convenção n. 155 da OIT, de 1981, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1992. Esta certamente é uma das principais convenções que tratam da relação entre saúde do trabalhador e ambiente de trabalho. Já de início, a Convenção estabelece o que é saúde, de modo a abranger “não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (OIT, 1981, s.p.).

Além disso, tem-se a Convenção n. 161 da OIT, de 1985, ratificada pelo Brasil em 1990. Essa convenção determina os serviços de saúde do trabalho, para a proteção no meio ambiente de trabalho e que, logo no artigo 1º, incisos I e II, dispõe sobre os requisitos para “estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma

saúde física e mental ótima em relação com o trabalho” (OIT, 1985, s.p.), como também as necessárias adaptações “do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental” (OIT, 1985, s.p.).

Recentemente foi aprovada pela OIT a Convenção n. 190, 2019, durante a 108ª Conferência Internacional do Trabalho. Há dois pontos de relevância social e jurídica nessa Convenção, especialmente voltadas para a saúde mental, sendo elas: a) a definição formal sobre as terminologias de “violência e assédio” e de “violência e assédio de gênero”; b) Foi utilizada a expressão *world of work* (tradução independente: mundo do trabalho), na versão em inglês, o que amplia a abrangência da aplicação da Convenção, inclusive para *home office* e outras configurações modernas quanto a modalidade de local de trabalho, não se restringindo ao “chão de fábrica”.

Até outubro de 2021 o Brasil não havia ratificado a Convenção n. 190/2019 da OIT. No entanto, diante de tamanha relevância para a construção histórica e social da citada, faz jus a citação *ipsis litteris*, para servir de pilar ao presente estudo:

Article 1: 1. For the purpose of this Convention: (a) the term “violence and harassment” in the world of work refers to a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment; (b) the term “gender-based violence and harassment” means violence and harassment directed at persons because of their sex or gender, or affecting persons of a particular sex or gender disproportionately, and includes sexual harassment. (OIT, 2019, s.p.)

Ainda no reduto da OIT, há algumas Convenções e Recomendações que merecem evidência, pois são de grande relevância para a construção do atual contexto social e jurídico relacionado ao entendimento da saúde integral do trabalhador, com reflexos inerentes à saúde mental, como: I) a Recomendação nº 194, de 2002, que contempla um anexo com uma lista de enfermidades profissionais revisadas em 2010, no qual dedica um tópico exclusivamente aos transtornos mentais e de comportamento, associadas ao desenvolvimento de trabalho: “2.4. Transtornos mentais e comportamentais, 2.4.1. Transtorno de estresse pós-traumático, 2.4.2. Outros transtornos mentais ou comportamentais não mencionados no ponto anterior (...)” (OIT, 2002); II) a Convenção n.



187, de 2006, sobre o marco promocional para a segurança e saúde no trabalho; III) a Convenção n. 184, de 2001, sobre a segurança e saúde na agricultura; IV) a Recomendação n. 160, de 1979, sobre segurança e saúde (trabalho portuário); V) a Recomendação n. 164, de 1981, sobre segurança e saúde ocupacional; VI) a Recomendação n. 171, de 1985, sobre serviços de saúde ocupacional; VII) Recomendação n. 175, de 1988, sobre segurança e saúde na construção; VIII) a Recomendação n. 183, de 1995, sobre segurança e saúde em minas; IX) a Recomendação n. 192, de 2001, sobre segurança e saúde na agricultura; e X) a Recomendação n. 197, de 2006, sobre estrutura promocional para segurança e saúde ocupacional.

Ainda no contexto internacional, outros dois diplomas merecem ênfase, considerando a saúde mental especificamente, tendo, inclusive, servido como base para Convenções da OIT. O primeiro deles consiste na Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1946, que em seu preâmbulo e no artigo 2º dispõe expressamente que a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946, s.p.). Apesar do conceito de saúde da OMS estar definido desde 1946, apenas nas últimas décadas que tal entendimento elástico de fato alcançou o mundo do trabalho, sendo ainda uma luta de reivindicações de trabalhadoras e trabalhadores no Brasil e em outros países. Observa-se, também, que diferente do mundo jurídico, a área da saúde há décadas compreende a dimensão integral da saúde do ser humano e a importância do equilíbrio entre a saúde mental e física (PEREIRA, 2019, p. 25).

Por fim, o último diploma internacional de destaque consiste na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 1969. Nela, em seu artigo 5ª, trata-se sobre o Direito à integridade pessoal, dispondo expressamente sobre a previsão da integridade psíquica, como: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” (OEA, 1969, s.p.).

No reduto jurídico brasileiro igualmente há previsão legal para a proteção da saúde integral do trabalhador, incluindo a saúde mental. Ao longo do presente estudo serão trabalhados com profundidade alguns deles, cabendo apenas aqui destacar, primeiramente, a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que já no artigo 5º insere a saúde e o trabalho com direitos fundamentais. O artigo 7º, por sua vez, traz em seus incisos

a proteção direta e específica a saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho. O artigo 200, o qual vincula o Sistema Único de Saúde (SUS) ao meio ambiente de trabalho e, também, dispõe expressamente sobre a terminologia do meio ambiente do trabalho. E, por fim, o artigo 225, que traz a previsão do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em seguida, vale destacar a Lei n. 8.080/1990, que estabeleceu o meio ambiente, o trabalho e o bem-estar mental do trabalhador como um complexo essencial para determinar e condicionar a saúde. Dá-se especial ênfase ao artigo 2º, que inclui o bem-estar mental como um direito fundamental e ao seu artigo 6º, que inclui no campo de atuação do SUS a execução de ações sobre a saúde do trabalhador. Em seguida, destaque ao artigo 3º, o qual dispõe que “Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL, 1990, s.p.)

Na mesma direção, tem-se o Decreto n. 3.048/1999, que aprova o regulamento da Previdência Social e o Decreto-Lei n. 5.452/1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, ambos com previsão de adoecimento psíquico vinculado ao meio ambiente de trabalho e ao exercício de atividades laborais. Assim, diante da grande preocupação social com a saúde dos trabalhadores, pilares sociais, o ordenamento jurídico brasileiro possui um denso e extenso arsenal de normas para a preservação e prevenção da saúde integral do trabalhador.

### **3. PANDEMIA DA COVID-19: MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR**

Em dezembro de 2019 ocorreu um surto patológico viral na cidade chinesa de Wuhan, que em poucos meses tomou proporção mundial. Aludido surto, que viria a ser chamado de pandemia de COVID-19, acarretou a morte de mais de 4 milhões de pessoas até dezembro de 2020, infectando centenas de milhões de outras. A transmissão do vírus ocorreu de forma muito rápida e facilitada, exigindo um combate agressivo e medidas estatais para preservação da vida humana (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, s.p.). Desse modo, com o objetivo de desacelerar e frear a transmissão da COVID-19, grande parte dos

países, inclusive o Brasil, adotaram políticas sociais na tentativa de reduzir os índices de contaminação. Entre as medidas adotadas, citam-se o isolamento e a quarentena, sendo esta uma forma de impedir a transmissão por meio da restrição de determinadas atividades (FERNEDA; COSTA, 2020, 13.), como a proibição de aglomerações em locais fechados, por exemplo. No entanto, vale salientar que as políticas de contenção não foram unificadas no Brasil, não partiram exclusivamente do Governo Federal e não se deram em consonância com a urgência que a situação exigia.

As medidas de contenção do vírus causaram reflexos na vida social e impactos (a curto, médio e longo prazo) em indústrias, empresas, comércios, turismo, governos e principalmente no modo do desenvolvimento do trabalho diário. Em virtude do isolamento social e da desconstrução da forma social até então posta, empregadores amargaram prejuízos financeiros, deterioração de estoques e conseqüentemente tiveram que reduzir o número de trabalhadores empregados, como também, alterar significativamente a forma de execução do labor (NASSIF, CORRÊA; ROSSETTO, 2020, p. 19).

O isolamento social impactou a forma como a sociedade percebe a vida, trazendo incertezas e inseguranças na manutenção do emprego e da renda. Conseqüentemente, colocou os trabalhadores em situação de hipervulnerabilidade, com dificuldades para a manutenção de seus próprios recursos materiais e financeiros, colocando em risco a conservação de elementos básicos como alimentação, moradia e saúde (mental e física). O temor do desemprego e a instabilidade financeira e econômica do país representaram uma situação propícia ao trabalhador, em posição de fragilidade, para aceitar condições de trabalho que colocassem em risco a sua integridade física e mental (BARROS-DELBEN *et al.*, 2020, p. 09).

Diante de todo o contexto de pandemia, isolamento social, déficit econômico do país e prejuízos financeiros das indústrias, o governo brasileiro adotou um pacote de medidas para manutenção do emprego, renda e economia estatal. Destaca-se que o foco não foi a proteção da vida, e sim do capital. A manutenção do emprego e da produtividade das indústrias e empresas em meio a um surto de morte. Em suma, tais medidas buscaram flexibilizar a legislação trabalhista durante o período de pandemia, tais como as Medidas Provisórias (MP) n. 927 e a 1.046, de 2020, que trouxeram a possibilidade do teletrabalho,

da antecipação de férias individuais, da concessão de férias coletivas, do aproveitamento e da antecipação de feriados, do banco de horas, da suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, do direcionamento do trabalhador para qualificação e do diferimento do recolhimento do fundo de garantia do tempo de serviço.

Dentre as medidas provisórias editadas no período, outras duas de grande relevância sobre a flexibilização das normas trabalhistas foram as Medidas Provisórias n. 936 e a 1.045, de 2020. Ambas as medidas trouxeram a possibilidade de implementação do programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, do benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, da suspensão temporária do contrato de trabalho.

Frente ao novo cenário econômico, social e legislativo (normas de flexibilização) houve um aumento repentino de trabalhos em home office, remoto, teletrabalho e outras configurações de execução das atividades laborais até então não convencionais, ou não difundidas. Subitamente os trabalhadores foram “atropelados por enxurradas” de informações sobre Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC), por reuniões em videoconferência, por novos aplicativos e recursos online. Recursos tecnológicos até então utilizados para o lazer e contatos familiares, passaram a constituir ferramentas elementares para o desenvolvimento laboral, tais como: whatsApp, telegram, instagram, facebook, entre outros. O espaço residencial, familiar e de descanso passou a ser compartilhado com o trabalho, não havendo mais uma distinção entre o local sobre onde começa o espaço do trabalho e onde começa o espaço familiar, de lazer e descanso (SMITH; JUDD, 2020, p. 07).

A vida pessoal do trabalhador começou a integrar a vida profissional e vice-versa, não havendo mais marcadores de distanciamento entre as duas modalidades, muitas vezes confundindo-as. O meio ambiente residencial virou o meio ambiente do trabalho, sem investimento patronal no espaço físico, atenção à ergonomia, ventilação e iluminação. Nesse aspecto, pouco importou se o trabalhador teria ou não espaço físico residencial para o labor: o home office foi instituído sem qualquer tipo de consulta. O espaço físico para o desenvolvimento das atividades laborais é o mesmo onde o trabalhador dorme, se alimenta, cuida dos filhos, descansa e desenvolve atividades de lazer. Os aparelhos tecnológicos

(celular, computador, tablets etc.) até então utilizados para a vida privada, passaram a ser utilizados como instrumentos de trabalho, compartilhando no mesmo local informações pessoais/privadas com aplicativos e software laboral. Até mesmo o tempo a disposição do empregador alterou sobremaneira em que, sob manto da falácia de horário flexível em home office, o trabalhador fica disponível em tempo integral, com intervenções e fiscalizações de superiores, clientes e prestadores de serviço.

Diante desse novo contexto de desenvolvimento das atividades laborais, questiona-se: há riscos para a saúde mental dos trabalhadores? Como preservar o equilíbrio integral do bem-estar físico, mental e social do trabalhador? Como proteger o direito ao descanso e ao meio ambiente equilibrado? Considerando que durante a pandemia da COVID-19 houve um repentino e significativo aumento de trabalho desenvolvido em home office, o presente estudo se debruçará sobre essa modalidade.

O primeiro fator de destaque a ser aqui analisado é o local de desenvolvimento das atividades laborais durante a pandemia (home office), ou seja, a residência dos trabalhadores. De acordo com Padilha e Pietro (2017), um ambiente do trabalho equilibrado é aquele “dotado de higidez e salubridade, apto a preservar a saúde e a segurança do trabalhador, assegurando-lhe qualidade de vida” (PADILHA; PIETRO, 2017, p. 533). Ainda, segundo as autoras, apenas com a preservação da vida e da integridade da saúde (física e mental) do trabalhador, é possível conceber o trabalho decente.

Nos termos da Constituição Federal do Brasil, de 1988, o ambiente de trabalho é considerado equilibrado quando contribuir para a sadia qualidade de vida. Ou seja, garantir um ambiente de trabalho livre de riscos a integridade física não é suficiente, sendo imprescindível um ambiente de trabalho sadio e que promova também a qualidade psíquica da vida do trabalhador. No mesmo entender Ney Maranhão (2016) conceitua o meio ambiente do trabalho como o resultado da “interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais” a qual condiciona a “segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo” (MARANHÃO, 2016, p. 112).

A saúde mental e física do trabalhador está em evidência quando analisado o meio ambiente laboral. No contexto da pandemia da COVID-19 e do desenvolvimento da

atividade laboral em home office, há uma estreita relação entre local de lazer, descanso, afeto, privacidade e vida familiar com o meio ambiente de trabalho. Isso, por sua vez, afeta a saúde mental do trabalhador, que não consegue usufruir do descanso, desconectar do mundo do trabalho e ainda tem a sua privacidade constantemente violada pelo trabalho. Percebe-se, dessa forma, a precarização do meio ambiente do trabalho e o adoecimento mental e físico do trabalhador (BARROS, *et al.*, 2020, p. 15).

Pesquisas, especialmente no âmbito da saúde, já apontam para reflexos incidentes na saúde mental do trabalhador em virtude do atual modelo laboral, como: estresse, ansiedade, depressão, síndrome de Burnout, transtorno do estresse pós-traumático, desatenção pelo excesso de trabalho, síndrome do pânico e até o aumento considerável de dependência alcoólica e de outras drogas (SMITH, *et al.*, 2020, p. 08; THUNSTROM, *et al.*, 2020, p. 05; NASSIF, *et al.*, 2020, p. 15; BARROS-DELBEN, *et al.*, 2020, p. 09; VIGO, *et al.*, 2020, p. 07).

Tais fatores demonstram indícios de que o meio ambiente laboral em home office, durante a pandemia, não preservou o direito constitucional ao meio ambiente de trabalho equilibrado e não contribuiu para a sadia qualidade de vida. Considerando que a tendência global é se adaptar a esse novo modelo de trabalho, recai grande preocupação quanto a preservação da saúde e dos direitos dos trabalhadores.

#### **4. A HIPERCONEXÃO LABORAL E O DIREITO A DESCONEXÃO**

Antes mesmo da pandemia da COVID-19 o mundo já experimentava as felicidades e os efeitos das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC), que dia após dia se tornaram artigos essenciais na vida social, na organização do trabalho, no desenvolvimento socioeconômico e na produção bens e serviço. Na última década as NTIC foram, paulatinamente, se tornando indispensáveis. Foram incorporadas ao cotidiano questões simples, como agenda telefônica, até as que exigem maior complexidade, como investimento na bolsa de valores ou até gerenciamentos bancários. Tudo com acesso facilitado e na palma da mão, pela distância de um clique.

Em 2017, a OIT e a Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFOUND, 2017, p. 01 - 50) realizou um estudo com 15 países, sobre as

condições e os efeitos do teletrabalho e do trabalho móvel. A pesquisa apontou crescimento para essas modalidades de trabalhos nos países pesquisados. Além disso, apontou para os seguintes impactos: I – vantagens: incluem a redução do tempo de deslocamento, maior autonomia do horário de trabalho e maior produtividade. II – Desvantagens: incluem a tendência de prolongar a jornada de trabalho, de criar interferência entre o trabalho e a vida pessoal, e resultar na intensificação do trabalho, o que pode levar a altos níveis de estresse com consequências negativas para a saúde e o bem-estar dos trabalhadores.

Ainda, o resultado da pesquisa chamou atenção para a hiperconectividade laboral. A título de exemplo, na Espanha, 64% dos trabalhadores confirmaram que desenvolvem atividades profissionais mesmo durante suas horas livres, de descanso e de folga. Sendo que 68% confirmaram que recebem com muita frequência e-mails e telefonemas relativos ao trabalho fora do horário de trabalho. Nos Estados Unidos a realidade se mostrou semelhante: constatou-se que 44% dos americanos verificam seus e-mails institucionais diariamente, durante as férias e 54% responderam que mesmo afastados do trabalho por doença, continuam respondendo e-mails e chamados por meios digitais.

A citada pesquisa foi realizada antes mesmo da pandemia da COVID-19 e dos efeitos do isolamento social. A pesquisa revelou a tendência global para a hiperconexão laboral mesmo que de trabalhos não digitais, não remotos, não home office e não tele presenciais.

Há grandes riscos da hiperconectividade laboral causar danos psicológicos ao trabalhador, justamente por não promover um ambiente de trabalho equilibrado e a devida desconexão das matérias ligadas à esfera profissional. Os impactos na saúde do trabalhador são inúmeros, podendo surgir a curto, médio e longo prazo. Referidos impactos podem variar de sofrimento mental generalizado à estresse, ansiedade, depressão, síndrome de Burnout, transtorno do estresse pós-traumático, desatenção pelo excesso de trabalho, entre outras psicopatologias ocupacionais (THUNSTROM, et al., 2020, p. 05; BARROS-DELBEN, et al., 2020, p. 09; VIGO, et al., 2020, p. 07).

Como visto, a problemática da hiperconectividade e da necessidade de regular o direito à desconexão não foi uma inovação causada pela pandemia da COVID-19. A dinâmica organizacional também acompanha a evolução digital e por tal já passava por processos de transformações. Tão certo que no Brasil já havia a previsão legal do

teletrabalho, instituído pelas Leis n. 12.551/2011 e n. 13.467/2017. Porém, apesar de haver norma regulamentando a modalidade, ainda não havia número representativo, se comparado com a tradicional forma de prestação de trabalho, especialmente considerando atividades tradicionais, das quais não se vislumbrava a ideia imediata de mudança para o teletrabalho de modo massivo, como o caso de tribunais de justiça, profissionais da saúde e educação. Desse modo, apesar da pandemia da COVID-19 não ter sido a criadora da hiperconectividade laboral, foi a mola propulsora dessa problemática, de modo a descortinar uma lacuna legislativa que necessita de amparo legal.

Apesar das principais revoluções na esfera do trabalho, das transformações sociais e tecnológicas, o paradoxo social do trabalho continua o mesmo da revolução industrial: o empregador exige do trabalhador uma esgotante dedicação ao labor, não correspondente com o salário e os benefícios oferecidos (MAIOR, 2003, p. 03). Visa-se única e exclusivamente a obtenção progressiva e desenfreada de capital, ao empregador, sem consideração com a saúde, bem-estar e qualidade de vida do trabalhador.

Por outro prisma, especialmente no período de pandemia, os trabalhadores possuem receio do desemprego e de não ter condições de subsistência. Por isso, além de outros fatores, os trabalhadores se sujeitam a relações de trabalho degradantes e a disponibilidade integral ao empregador, mesmo sem receber horas extras ou adicionais, ainda que isso acarrete redução de sua qualidade de vida. Essa disponibilidade integral em prol do empregador, chamada aqui de hiperconectividade laboral, compreende em relativizar os direitos fundamentais, como: o direito ao lazer, à saúde e ao descanso. O reflexo disso é o adoecimento mental e diminuição da qualidade de vida do trabalhador, trazendo reflexos para a toda a sociedade (MAIOR, 2003, p. 04).

Nesse sentido, o direito à desconexão do trabalho objetiva simplesmente a manutenção da saúde mental do trabalhador através do cumprimento da legislação vigente. Ou seja, usufruir do direito ao descanso e à vida privada, nada além disso. Luiz Souto Maior (2003, p. 07) conceitua o direito à desconexão: “ao se falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano”, objetivando vislumbrar “um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho” (MAIOR, 2003, p. 07). O autor



ainda esclarece que:

O não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo (MAIOR, 2003, p. 09).

Na mesma linha, António Monteiro Fernandes (2019) entende por direito à desconexão “os períodos em que o trabalhador não tem qualquer obrigação contratual de disponibilidade e visa garantir que o descanso e lazer sejam integralmente respeitados” (FERNANDES, 2019, p. 19). Ou seja, o direito à desconexão prevê simplesmente a fruição dos direitos constitucionais e trabalhistas, os direitos fundamentais.

O Brasil não possui uma legislação específica sobre o assunto, ou, utilizando a nomenclatura “desconexão” e/ou “hiperconexão”. No entanto, os debates sobre essa temática são recentes, tendo recebido grande repercussão a partir da pandemia da COVID-19. Atualmente, apenas quatro países possuem legislação expressa e específica sobre essa temática, sendo: França, Itália, Bélgica e Espanha. Além disso, recentemente (janeiro/2021), o Parlamento Europeu aprovou o Relatório n. 2019/218, que estipula diretrizes e estimula a criação de leis pelos Estados-Membros, no âmbito do direito a desconexão (UNIÃO EUROPEIA, 2021, s.p.).

A França foi o primeiro país a instituir no Código do Trabalho medidas expressas de efetivação ao direito à desconexão, mesmo antes do Relatório n. 2019/218 do Parlamento Europeu. Em 2014, a Ugict-CGT, principal organização sindical francesa, lançou uma campanha pelo direito à desconexão do trabalhador. A partir de então, foram realizadas consultas à população acerca desse direito. E, em 2016, foi publicada a Lei de Desconexão (Lei El Khomri).

Apesar dos avanços legislativos na Europa quanto a incluir expressamente no ordenamento jurídico a previsão do direito a desconexão, não há penalidades quanto ao seu descumprimento. Tampouco há um sistema previsto de fiscalização e denúncia, de modo a inviabilizar, na prática, a proteção desse direito.

No Brasil já foram apresentados dois projetos de leis abrangendo o direito à desconexão. O primeiro deles foi o Projeto de Lei n. 6.038, de 2016, que não foi aprovado. O segundo, consiste no Projeto de Lei n. 4.044, de 2020, que ainda está em tramite legislativo, porém, possui a mesma lacuna das leis europeias.

Por fim, em quaisquer projetos que busquem alterar formas e relações de trabalho e emprego, é necessário ter em mente aquilo que o antropólogo Studs Terkel (1972, p. 25) já lecionava: o trabalho representa a “busca por um sentido diário, bem como pelo pão de cada dia, por reconhecimento, bem como por dinheiro, por surpresa ao invés de torpor”. Trata-se de um tipo de vida, e não de um tipo de morte, e adoecimento, de segunda a sexta.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As atuais legislações internacionais e nacionais são muito bem estruturadas para alcançar a tutela dos direitos dos trabalhadores, especialmente os condizentes à limitação da carga horária, limitação da jornada de trabalho e da fruição do descanso. Também há um vasto arsenal legislativo de proteção à saúde mental e física do trabalhador.

No entanto, apesar da admirável estrutura legislativa e da previsão desses direitos na Constituição da República (1988), não há um método de fiscalização real do trabalho executado, especialmente aquele desempenhado em home office, remoto ou telepresencial. Ao longo da relação de trabalho é comumente observado que o empregado é condicionado, pelo empregador, a se manter hiperconectado para atender as demandas laborais, mesmo que em seus períodos de descanso e fora do ambiente de trabalho, conforme inclusive demonstrou a pesquisa da OIT e da Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e de Trabalho (EUROFOUND, 2017, p. 01 - 50), realizada em 2017.

Conforme demonstrado ao longo da presente pesquisa, a situação de exploração do trabalhador ficou ainda mais delicada e intensa após a pandemia da COVID-19 e a necessidade de instituir o trabalho em home office. A partir desse momento a residência do trabalhador, local até então de descanso, desconexão, de lazer e de conexão familiar, passou a ser uma extensão do meio ambiente de trabalho. Ceifou-se, dessa forma, toda a possibilidade do trabalhador de buscar momentos de total “desligamento” dos assuntos laborais.

Condicionar o trabalhador a viver imerso 24 horas por dia dentro do seu meio ambiente de trabalho pode impactar em sua saúde mental. Observou-se que a hiperconexão com tecnologias de comunicação do labor podem acarretar a incidência de estresse, ansiedade, depressão, síndrome de Burnout, transtorno do estresse pós-traumático, desatenção pelo excesso de trabalho, síndrome do pânico e até o aumento considerável de dependência alcoólica e de outras drogas (SMITH, et al., 2020, p. 08; THUNSTROM, et al., 2020, p. 05; NASSIF, et al., 2020, p. 15; BARROS-DELBEN, et al., 2020, p. 09; VIGO, et al., 2020, p. 07).

Sendo assim, observou-se uma lacuna legislativa quanto a temática, assim como, que o direito à desconexão é uma garantia que deve ser expressamente tutelada e fiscalizada pelo estado, considerado como extensão dos direitos fundamentais, com o objetivo de preservar a saúde do trabalhador, refletindo na economia e em outros setores sociais.

## **6. REFERÊNCIAS**

BARROS, Marilisa Berti de Azevedo et al. Relato de tristeza/depressão, nervosismo/ansiedade e problemas de sono na população adulta brasileira durante a pandemia de COVID-19. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, v. 29, p. e2020427, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-49742020000400018>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BARROS-DELBEN, Paola et al. Saúde mental em situação de emergência: COVID-19. **Debates em Psiquiatria**, v. 10, n. 2, p. 18-28, 2020. <http://dx.doi.org/10.25118/2236-918X-10-2-3>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.048/1999**: aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452/1943**: aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 927, de 22 de Março de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 936, de 1 de Abril de 2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.046, de 27 de abril de 2021.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.045, de 27 de abril de 2021.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4044, de 2020.** Disciplina o teletrabalho quanto às regras da jornada de trabalho, períodos de descanso e férias. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/143754>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.038, de 2016.** Acrescenta o artigo 72-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=ABD82A2FF00AD36D8C5EB537CBA80C1B.proposicoesWebExterno1?codteor=1488226&filename=Avulso+-PL+6038/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ABD82A2FF00AD36D8C5EB537CBA80C1B.proposicoesWebExterno1?codteor=1488226&filename=Avulso+-PL+6038/2016). Acesso em: 01 de nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Assinada na conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

EUROFOUND, I. L. O. **Working anytime, anywhere: The effects on the world of work.** Luxembourg, Geneva, 2017. Disponível em: <http://eurofound.link/ef1658>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

FERNEDA, Ariê Sherreier. O trabalho decente e o meio ambiente do trabalho como forma de proteção da saúde mental do trabalhador. In: VILLATORE, Marco Antônio César; FERRAZ, Miriam Olivia Knopkik. (Org.). **Fronteiras & horizontes do direito do trabalho: resultados de pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico**. 1ed. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 79-98.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **Desconexão: um direito fundamental do trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Desemprego chega a 14,7% no primeiro trimestre, maior desde 2012**. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30793-desemprego-chega-a-14-7-no-primeiro-trimestre-maior-desde-2012-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

LEITE, Roberto Basillone. Ecologia do Trabalho: simbiose entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 69, nº 1, jan/jun 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**, Brasília, v. 10, n. 09, p. 12-18, 2003. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, v. 2, n. 3, p. 80-117, 2016. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/40>. Acesso em: 17 de out. 2021.

NASSIF, V. M. J., CORRÊA, V. S., & ROSSETTO, D. E. Estão Os Empreendedores E As Pequenas Empresas Preparadas Para As Adversidades Contextuais? Uma Reflexão À Luz Da Pandemia Do Covid-19. **Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas**, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14211/regepe.v9i2.1880>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr. 6a ed. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº.: 155 - Segurança e Saúde dos trabalhadores. 1981**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Recomendação nº 194**. 2002. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acessado em: 01 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT (OIT). **Convenção nº.: 161 - Serviços de Saúde do Trabalho. 1985**. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236240/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236240/lang--pt/index.htm). Acesso em: 01 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO OIT (OIT). **Convenção nº.: 190 - Violence and Harassment Convention. 2019**. Disponível em:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190). Acesso em: 01 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease 2019 (COVID-19): situation report-78**. Geneva. 2020. Disponível em: [https://www.who.int/docs/defaultsource/coronaviruse/situation-reports/20200407-sitrep-78-covid-19.pdf?sfvrsn=bc43e1b\\_2](https://www.who.int/docs/defaultsource/coronaviruse/situation-reports/20200407-sitrep-78-covid-19.pdf?sfvrsn=bc43e1b_2). Acesso em: 01 de nov. 2021.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. 1966. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/direitos.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

PADILHA, Norma Sueli; DI PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A contribuição da OIT na construção da tutela internacional do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 70, p. 529-560, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2017v70p529>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

PEREIRA, André Sousa. **Meio Ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2019.

SMITH, James A.; JUDD, Jenni. COVID-19: vulnerability and the power of privilege in a pandemic. **Health Promotion Journal of Australia**, v. 31, n. 2, p. 158, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/hpja.333>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

TERKEL, Studs. **Working**. New York: Avon Books, 1972.

THUNSTROM, Linda et al. The benefits and costs of using social distancing to flatten the curve for COVID-19. **Journal of Benefit-Cost Analysis**, v. 11, n. 2, p. 179-195, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3561934>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **European Parliament resolution of 21 January 2021 with recommendations to the Commission on the right to disconnect: 2019/2181(INL)**. Bruxelas. 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html). Acesso em: 01 de nov. 2021.

VIGO, Daniel et al. Mental health of communities during the COVID-19 pandemic. **The Canadian Journal of Psychiatry**, 1-7, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0706743720926676>. Acesso em: 01 de nov. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Doença por coronavírus (COVID-19). 2020.** Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1). Acesso em: 01 de nov. 2021.

*Data da submissão: 23/11/2021*  
*Data da primeira avaliação: 25/11/2021*  
*Data da segunda avaliação: 10/12/2021*  
*Data da aprovação: 10/12/2021*

**ACESSO GLOBAL À IMUNIZAÇÃO PREVENTIVA DA COVID-19,  
SAÚDE E AMBIENTE: DILEMAS DE UM “NOVO NORMAL”**  
*GLOBAL ACCESS TO COVID-19'S PREVENTIVE IMMUNIZATION, HEALTH  
AND ENVIRONMENT: DILEMMAS OF THE “NEW NORMAL”*

**Janaína Rigo Santin<sup>1</sup>**  
**Anna Gabert Nascimento<sup>2</sup>**

**RESUMO:** Em 2020, a partir da declaração da Organização Mundial da Saúde de que se perpassava por um período de pandemia, o mundo viu-se diante de, possivelmente, uma das maiores crises sanitárias do século XXI. Trata-se da pandemia causada pela Covid-19, um até então desconhecido vírus, cujo tratamento adequado para que as pessoas não desenvolvam suas formas mais graves, até o presente momento, ainda não foi encontrado. A pesquisa problematiza as desigualdades frente ao acesso do tratamento preventivo da Covid-19 em um contexto mundial. Examina-se o projeto COVAX e a distribuição isonômica dos imunizantes para os países pobres. Conclui-se que vacina é uma estratégia coletiva de imunização, cuja eficácia depende de atingir um contingente populacional considerável. Vacinar só alguns pode favorecer mutações no vírus e prejudicar, inclusive, os já vacinados, inutilizando todo o esforço científico alcançado até então.

**Palavras-chave:** Propriedade Industrial; Vacina; Covid-19, Desigualdades Sociais; COVAX.

**ABSTRACT:** In 2020, following the declaration by the World Health Organization that it was going through a period of pandemic, the world was in face of possibly one of the biggest health crises of the 21st century. It is the pandemic caused by Covid-19, a hitherto unknown virus, whose adequate treatment so that people do not develop its most severe forms, until now, has not yet been found. The research problematizes the inequalities in the face of access to preventive treatment by Covid-19 in a worldwide context. The COVAX project and the isonomic distribution of immunizers to poor countries are examined. It is concluded that vaccine is a collective immunization strategy, whose effectiveness depends on reaching a considerable population contingent. Vaccinating only a few can favor mutations in the virus

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (Bolsa CAPES). Doutora em Direito Universidade Federal do Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Advogada e Professora Titular da Universidade de Passo Fundo, Brasil, docente permanente do PPGHistória da UPF. Professora da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3213900043864696> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6547-2752>

<sup>2</sup> Graduanda em Direito pela UPF. Membro do Grupo de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, vinculado ao Mestrado em Direito da UPF. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: 171415@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6607804132283428> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6525-4365>



and even harm those already vaccinated, making all scientific efforts achieved so far unusable.

**Key-words:** Industrial Propriety; Vaccine; Covid-19; Social Inequalities; COVAX.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A pandemia da Covid-19 e as desigualdades entre nações; 3. Acesso à Vacinação em Países Periféricos; 4. Licença compulsória e vacinas contra a Covid-19; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em um sentido amplo, pode-se apontar que os problemas ambientais e sanitários são temas recorrentes na agenda global neste início do século XXI. Fenômenos climáticos extremos relacionados ao aquecimento global são cada vez mais frequentes, os quais evidenciam as manifestações físicas do antropoceno. Trata-se de uma nova era geológica do planeta, resultado das alterações ambientais causadas pela ação humana, que alterou de forma drástica o funcionamento e os fluxos naturais do planeta desde a revolução industrial.

3

Inúmeros debates passam a fazer parte da agenda do antropoceno, com vistas a questionar o modo como a intervenção humana tem adoecido a vida do planeta. Para Jean Segata, a adoção de tecnologias de produção de alimentos e de manipulação da vida, bem como a alteração nas relações entre humanos, animais e ambiente, trazem consigo distorções que fazem parte desta nova era. (2020, p. 302).

A pandemia da Covid-19 colocou a humanidade frente à frente com a complexidade dos desafios advindos do antropoceno, possivelmente uma das maiores crises sanitárias já vivenciadas. Um período de exceção que deixará marcas históricas, as quais moldarão o que passou a se chamar de “novo normal”. O que se sabe até o presente momento é que, em dezembro de 2019, um novo vírus foi identificado na província de Wuhan, na China, com

---

<sup>3</sup> “No ano 2000, o Prêmio Nobel de Química Paul Crutzen e o liminologista Eugene Stoermer publicaram na Newsletter do International Geosphere-Biosphere Programme (IGBP) a hipótese na qual a atual Época geológica do planeta Terra, o Holoceno, havia se encerrado e em seu lugar se iniciara o que viria a ser reconhecido como o ‘Antropoceno’”. Os laureados conceituaram a “nova unidade cronoestratigráfica como resultado direto das mudanças ambientais globais proporcionadas pelas ações da humanidade a partir da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII com o advento da máquina a vapor de James Watt. Logo, teve início a formalização que a humanidade teria se convertido em uma força geológica poderosa e capaz de alterar irreversivelmente o futuro do planeta.” (SOARES; MACHADO, 2021, p. 289)

potencial altamente destrutivo para os seres humanos e com grande capacidade de disseminação. Denominado coronavírus 2 (SARS-CoV-2), ou também chamado Covid-19, esta doença espalhou-se em larga escala pelo mundo, afetando economias e, principalmente, fazendo milhares de vítimas, muitas delas fatais. Imunologicamente, o corpo humano não possui anticorpos para combater e evitar que o vírus desenvolva a doença e, até o presente momento, ainda não foram desenvolvidos tratamentos eficazes e acessíveis à população em âmbito global.

Diante deste problema complexo e de graves proporções, laboratórios do mundo todo focaram suas pesquisas em tratamentos e imunizantes, obtendo, no final de 2020, os primeiros resultados positivos e conclusivos em relação à eficácia positiva das vacinas para prevenir o desenvolvimento das formas graves da doença. A partir daí, os países com poderio econômico firmaram contratos de aquisição diretamente com as empresas e laboratórios responsáveis pela produção das vacinas, bem como formularam amplos planos e políticas públicas para que seus cidadãos, em geral, pudessem receber a imunização.

No entanto, mesmo que o direito à saúde seja uma prerrogativa de toda a humanidade, é preciso mensurar que, em um sentido global, há uma ampla e histórica desigualdade social, as quais foram evidenciadas nesta pandemia. Situações paradoxais ficaram evidentes, sobretudo em relação aos países mais pobres que, por seu baixo poder econômico, não conseguiram competir com isonomia frente a uma oferta limitada de produtos, quando se esteve em meio a uma excepcional e global demanda por insumos hospitalares e imunizantes.

Sabe-se que o direito à saúde, por mais que confirmado em grande parte das Constituições dos países ocidentais, não tem as mesmas características e concretização quando se comparam países com um grau de desenvolvimento maior e menor. Assim, a partir dos paradoxos advindos da pandemia, a pesquisa problematizará esta desigualdade milenar em relação aos países, e como ela se refletiu no recebimento da vacina em algumas nações, em detrimento de outras.

Com vistas a uma horizontalização do acesso à saúde em âmbito global, a pesquisa evidenciará a importância e viabilidade do plano COVAX da OMS (Organização Mundial da Saúde), bem como a necessidade da quebra de patentes em caso do não atingimento do fim social da vacinação, já que esta só terá seu fim preventivo atingido se a coletividade, de

forma homogênea e com percentual considerável, tiver o acesso aos imunizantes.

## **2. A PANDEMIA DA COVID-19 E AS DESIGUALDADES ENTRE NAÇÕES**

A desigualdade social tem sido um tema recorrente, em especial a partir da década de 1990, com adoção por muitos países de políticas neoliberais de restrição de gastos na esfera social. Em um contexto de crise como a vivida em decorrência da Covid-19, situações paradoxais que levam alguns países a terem mais dificuldades que outros são colocadas em evidência, e fica cada vez mais notório os problemas de desigualdade em relação aos países mundiais, em um sentido amplo. Desta forma, o estudo passará a analisar a questão da desigualdade social de forma geral, para se chegar nas peculiaridades postas em relação à questão da saúde e a pandemia do Coronavírus.

Rousseau (2017, p.33) define que dentre a sociedade há duas espécies de desigualdade. A primeira é denominada “natural ou física”, a qual se dá pelas próprias características humanas. E a segunda, caracterizada como “moral ou política,” é referenciada pelo poderio de uns em detrimento de outros, que se impõem por meio das suas fortunas, por meio do voto ou da autoproclamação do poder. Neste sentido, Milton Santos (2020, p.20) denuncia a globalização neoliberal como um dos fatores desencadeadores da desigualdade social, por agudizar situações de concorrência, as quais acabam retirando o sentido humano e igualitário dos processos de viabilização social. A globalização “não é uniforme, não atinge a todos os países da mesma forma nem a todos que vivem num mesmo país.” (SANTIN, 2017) No modelo de globalização neoliberal que imperou pós Consenso de Washington, houve uma maior dificuldade em relação à efetivação dos direitos fundamentais sociais, já que exigem uma atuação positiva do Estado na economia, a fim de realizar políticas públicas garantidores de uma igualdade material, e não apenas formal.

Porém, para Bobbio (2004, p.34) não passa de uma abstração jurídica dizer que os direitos sociais se revelariam iguais para todas as pessoas. Ao se evidenciar os direitos sociais no plano fático, da concretização, o que acontece é a diferenciação conforme as individualidades ou a comunidade pela qual pertence determinado cidadão, a partir do maior ou menor grau de poderio econômico. Um exemplo desta incompatibilidade entre o previsto no plano normativo e no plano fático são alguns direitos tratados em âmbito internacional.

A própria Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), um dos mais importantes documentos no que tange a garantias e direitos humanos, assegura em seu artigo 25 que “todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis” (DUDH, 1948, s.p.)

Essa disposição claramente deveria ter um caráter vinculativo a todos os países signatários. No entanto, na maioria dos casos o que ocorre é uma desigualdade intensa no que tange ao fornecimento destes direitos por cada país, sobretudo quando se avalia sob a ótica dos países desenvolvidos *versus* periféricos.

Piovesan (2018, p.243) descreve que, embora a regra deva ser de uma universalização em torno dos direitos humanos, o que ocorre é a sua relativização, já que estão adstritos a fatores como “sistema político, econômico, cultural, social e moral vigentes.” O Produto Interno Bruto (PIB) de cada país pode ser tido como um dado importante, o qual escancara o contraste entre a qualidade de vida dos países do Norte (desenvolvidos) e Sul (periféricos). O Banco Mundial, em um levantamento em 2018, descreveu que os países do Norte possuem o PIB per capita de US\$ 44.786,6; enquanto os países em desenvolvimento circundam em torno de US\$ 4.971,2 por habitante (THE WORLD BANK, 2018, s.p).

Diante destes dados, percebe-se a grande desigualdade entre os países no que tange às condições financeiras para efetivar políticas públicas de acesso a direitos sociais como saúde, educação, moradia, previdência e assistência social, trabalho e lazer. E essa constatação não poderia ser diferente em relação às demandas que envolvem a saúde pública na pandemia da Covid-19. Desta forma, a partir do contexto de grave calamidade decorrente da pandemia da Covid-19, estas prerrogativas são postas ainda mais em destaque.

Barroso (2020, p.222-229) confirma que a desigualdade continua sendo um grande problema no século XXI, ao evidenciar que, mundialmente, “1%” dos que possuem mais posses, detém “metade de toda a riqueza.” Para o autor, esta situação ficou ainda mais explícita com a pandemia, por se tratar de um problema multifacetário que evidenciou as adversidades de alguns países em relação a coisas que são ditas “básicas”, como acesso à água, esgoto e uma habitação minimamente digna aos seus cidadãos.

Neste sentido, Souza Santos (2020, p.66) alerta que o que acontece neste momento

de pandemia é um “darwinismo social”, onde uma quantia significativa de pessoas não tem a mínima possibilidade de cumprir com os protocolos sanitários previstos pela OMS (Organização Mundial da Saúde). Não possuem acesso a materiais de higiene pessoal e, nem mesmo, dispõem de água limpa para lavar as mãos (principais armas no enfrentamento da pandemia da Covid-19).

No momento em que alguns países possuem um extenso poderio financeiro para adquirir tecnologia e medicamentos, outros países, como os que estão compreendidos na África Subsaariana, nas regiões de guerra do oriente médio e nos locais dos campos de refugiados, não possuem sequer água potável para cozinhar e se hidratar. Esse fato indica claramente as remotas perspectivas para alguns locais do planeta de um cumprimento mínimo dos cuidados exigidos para conter a disseminação do vírus (GORISCH, 2020, p.117). Importa ressaltar que nessas regiões, sob uma visão estatística, apresentam dados oficiais dentro da média mundial em relação ao número de infectados. Entretanto, há uma grande possibilidade de o número oficial não refletir a realidade, devido aos casos não notificados. Refuta-se, que muitos destes países ou não contam com um sistema de saúde adequado e universal, ou possuem sistemas incapazes de identificar com precisão a situação real da população infectada. (MONIÉ, 2020, s.p.)

Por outro lado, é preciso ressaltar que essa desigualdade social poderá se dar tanto em sentido global quanto local. Em âmbito interno, observa-se que alguns países como, por exemplo, o Brasil, possuem um paradoxo muito grande em relação às desigualdades sociais, um grande abismo que separa a realidade vivida por seus cidadãos. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2018, de acordo com o índice Gini,<sup>4</sup> o país possui uma “desigualdade de rendimentos” entre seus cidadãos, com uma pontuação de 0,539 *per capita*. Figura, por conta disso, no 9º lugar no ranking dos países mais desiguais do mundo. Em contraponto, pode-se trazer a Bielorrússia, país que em 2018 figurou no terceiro lugar dentre os países menos desiguais do mundo, possuindo uma pontuação de 0,252 *per capita*. (IBGE, 2020, p. 52)

---

<sup>4</sup> O índice Gini trata-se de um indicador que mede o quantum de desigualdade entre a “distribuição dos rendimentos”, este no qual, segundo o IBGE (2020, p.52) “é um indicador importante e amplamente utilizado em comparações internacionais, permitindo ranqueamentos e estudos subnacionais a partir de uma metodologia consolidada.”

O relatório da Organização das Nações Unidas de 2019 confirma estes dados, denunciando a larga concentração de renda no Brasil, na qual, “1%” da população mais rica concentra “28,3%” de toda a renda de todo o país. A partir destes dados, a ONU classificou em 2019 o Brasil como o segundo país com maior concentração de renda no mundo. (PNUD, 2019, p.303) Presume-se que a pandemia não tenha melhorado estes índices, muito pelo contrário.

Outro flagrante componente que revela esta desigualdade interna no país pode ser observado nas moradias dos brasileiros. Ao passo que muitos tem acesso a inúmeros recursos para um isolamento adequado, outros habitam em barracos, nas favelas, sem a mínima possibilidade de isolamento em caso de contaminação de um dos familiares. Outrossim, é trivial a falta de condições de saneamento básico em grande parte do país, sobretudo nas favelas do sudeste e nas regiões mais castigadas do sertão nordestino. Este tema da desigualdade social é bastante recorrente nas discussões em relação a causas que poderiam agravar o número de mortes no Brasil no contexto da pandemia, já que os protocolos previstos pela OMS classificam a higiene pessoal como a principal maneira de prevenção do contágio (QUINZANI, 2020, p.43-47).

Por sua vez, o sucateamento das políticas públicas de saúde advindas da adoção de políticas neoliberais de contenção dos gastos públicos também foi responsável pelo agravamento das mortes em decorrência da Covid-19. Apesar de contar com um Sistema Único de Saúde exemplar, com acesso universal e gratuito aos brasileiros, em especial a partir da Emenda Constitucional que impôs limites aos gastos públicos sociais. Tais políticas de contenção orçamentária levaram a população a enfrentar problemas gravíssimos em relação a acesso de tratamento e respiradores artificiais, bem como leitos e atendimento dignos (BRASIL, 2016, s.p.).

E como se não bastassem os problemas acima relatados, o país sofreu com a falta de uma coordenação nacional em torno de políticas de prevenção. Após longos embates e falta de coordenação entre Estados-membros, Municípios e União, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6343 delimitou que os Estados e Municípios poderiam adotar estratégias de limitação de circulação e das atividades econômicas, cabendo à União realizar um papel de coordenação nacional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020). Porém,

apesar da decisão, os embates entre entes federativos continuaram ocorrendo, dificultando um enfrentamento equilibrado, justo e isonômico entre as regiões do país.

Farmer (1999, p.1488) aponta que as dissemelhanças no enfrentamento da pandemia em âmbito interno dos países, bem como entre os países, resultaram em amplo acesso à medicamentos e tecnologias médicas para alguns, em detrimento da abstinência de outros. Complementando, Butler (2020, p.62) refere que “a desigualdade social e econômica garantirá que o vírus discrimine”, atingindo alguns países com maior gravidade que outros, e de maneira desigual em sua extensão territorial.

À vista de tantos problemas, a desigualdade entre as nações no acesso e distribuição de imunizantes só trará mais iniquidades, já que a possibilidade econômica de alguns países em detrimento de outros poderia colocar em xeque os princípios humanitários previstos na legislação internacional. Este ponto será abordado mais amplamente no próximo item da presente pesquisa.

### **3. ACESSO À VACINAÇÃO EM PAÍSES PERIFÉRICOS**

A incessante busca da comunidade científica mundial por um imunizante eficiente e eficaz no combate à disseminação da contaminação pela Covid-19, bem como que seja capaz de impedir sua evolução para formas mais graves e mortais da doença, contou com todo avanço tecnológico do século XXI. Essa empreitada farmacêutica mundial fez com que, em um tempo recorde, fossem produzidas e colocadas à disposição do mercado global vacinas, capazes de promover imunização contra o desenvolvimento da doença da COVID-19.

Atualmente, o planeta conta com algumas vacinas já desenvolvidas. No Brasil, os estudos em relação ao desenvolvimento da vacina foram viabilizados pelo laboratório Sinovac, em conjunto com o Instituto Butantã. E o país também contou com o laboratório AstraZeneca e a Universidade de Oxford que, no Brasil, operam seus experimentos e produção do imunizante através da Fundação Osvaldo Cruz. Outrossim, em sentido mundial, verifica-se a produção em fase avançada da Germano-Americana vacina da Pfizer e Biontec; da Russa Sputnik, do laboratório Gamaleya; e a também norte americana vacina da Moderna. Até o presente momento, estas vacinas são as primeiras a apresentar eficácia comprovada para conter os avanços da pandemia, eis que tiveram seus estudos científicos

finalizados (STEVANIM, 2020, p.12-21).

Com a comprovação da eficácia e segurança das vacinas, vários países no mundo começaram a apresentar seus planos de imunização. Neste sentido, a corrida para encontrar vacinas disponíveis no mercado foi uma realidade a partir dos primeiros meses de 2021. Nesta competição, por certo, saíram na frente os países desenvolvidos e os que possuíam um sistema de saúde pública organizado. Alguns países, como o Brasil, optaram por definir em um primeiro momento um público-alvo a ser vacinado, também denominado de “grupos prioritários”<sup>5</sup> (BRASIL, 2020, s.p.).

No entanto, a partir deste ponto, gerou-se uma extensa preocupação em relação ao acesso universal em relação à vacinação. A alta probabilidade da distribuição de acordo com a condição econômica dos países, em detrimento da justiça moral e social, passou a ser objeto de críticas, e mais um grave problema a ser solucionado no contexto da pandemia. Em seu discurso de natal em 2020, o Papa Francisco já alertava, ao chamar a atenção para um provável problema a ser enfrentado nos anos de 2021-2022, o acesso de todos à vacina. O pontífice citou que "neste tempo de escuridão e incertezas pela pandemia, aparecem várias luzes de esperança, como a descoberta das vacinas, mas para que elas tragam esperança ao mundo inteiro, têm de estar ao alcance de todos."(BBC, 2020, s.p.)

Em matéria publicada na revista Science, especialistas em saúde também alertavam sobre a real limitação de suprimentos para as vacinas da COVID-19. Para os cientistas estava muito claro a ordem de quem deveria tomar as primeiras injeções: a) profissionais de saúde em todo o mundo; b) pessoas com maior risco de doenças graves; c) pessoas situadas em áreas onde a doença estivesse se espalhando mais rapidamente; d) finalmente, “o restante de nós”. Essa estratégia, se adotada, nas palavras de Christopher Elias, chefe da Divisão de Desenvolvimento Global da Fundação Bill & Melinda Gates, salvaria mais vidas e retardaria mais rápido a transmissão. “Seria ridículo se as pessoas de baixo risco nos países ricos tomassem a vacina enquanto os profissionais de saúde na África do Sul não o fazem”, acrescenta Ellen't Hoen, uma advogada holandesa e ativista da saúde pública (KUPFERSCHMIDT, 2020, p.489-490).

---

<sup>5</sup> Na primeira fase da vacinação, foram imunizados profissionais que atuavam na área da saúde, indígenas, idosos com mais de 75 anos ou que tivessem 60 anos ou mais, em casas de repouso. (BRASIL, 2020, s.p.)



A matéria defende prudência na distribuição das vacinas, visto que os países desenvolvidos, como os Estados Unidos, por seu poderio econômico, podem para realizar uma alta demanda em relação a oferta de vacinas, o que, em uma situação de limitação da oferta, prejudicará os países menos desenvolvidos quanto à possibilidade de adquirir as vacinas para seus nacionais. Outra notória questão é a impossibilidade destes países em realizar suas próprias pesquisas em torno da vacina da Covid-19, já que não contam com uma estrutura de pesquisa e de investimentos em um parque fabril, para que consigam, pelo menos em um primeiro momento, fabricar seus próprios insumos (KUPFERSCHMIDT, 2020, p.489-490).

Dessa forma, uma das estratégias para conter o avanço da desigualdade social em torno da distribuição mundial das vacinas foi capitaneada pela Organização Mundial de Saúde. Em 2020 foi criado o programa COVAX, uma iniciativa global para garantir acesso rápido e equitativo às vacinas COVID-19 para todos os países. Este projeto tem como finalidade aproximar as nações em torno da busca comum pela produção de vacinas e, também, pela contribuição de todos para um justo e igualitário abastecimento do imunizante para os países mais pobres do globo. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, até o presente momento o programa possui “190 países participantes”, os quais firmaram compromisso em fornecer “2 bilhões de doses” aos países mais desafortunados, priorizando inicialmente os profissionais da saúde e os grupos vulneráveis, como os idosos e aqueles com doenças pré-existentes. Doses adicionais serão disponibilizadas com base na necessidade do país, vulnerabilidade e ameaça de contaminação pela COVID-19 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2021, s.p.).

Entretanto, o Consórcio COVAX não conseguiu total eficácia em decorrência de uma grave crise financeira e moral já observada desde a primeira década deste século XXI, com avanço de ideias extremistas, intolerantes e xenófobas em diversas partes do mundo, baseadas em desejos nacionalistas<sup>6</sup> que colocavam seus interesses e os interesses de seus países acima de qualquer prerrogativa de justiça e bem-estar comum de todos os povos.

---

<sup>6</sup> Guimarães conceitua o nacionalismo como o “sentimento de considerar a nação a que se pertence, por uma razão ou por outra, melhor do que as demais nações e, portanto, com mais direitos.” (GUIMARAES, 2008, p. 145-159).

Trata-se de algo que Luis Alberto Warat já vinha alertando em seus escritos, que é a realidade excludente vivenciada em âmbito mundial, onde os ideais de “fraternidade, da igualdade e da justiça” tornaram-se, no meio político e social, mera hipocrisia. Denunciava o autor que, na pós modernidade, em havendo a possibilidade de obter vantagem em detrimento do sofrimento alheio, muitos acabam optando pela alternativa mais perversa, sem se importar com um possível sofrimento de determinados povos. (WARAT, 2004, p. 357) Sendo assim, permeando uma linha entre o baixo valor dado ao ideal da solidariedade e o contexto da vacinação contra o Coronavírus, as expectativas em relação ao consórcio COVAX mostraram-se reticentes, o que, por certo, prejudicou seu pleno êxito.

Dessa forma, a iniciativa coordenada pela Organização Mundial da Saúde para garantir o acesso equilibrado às vacinas nos países em desenvolvimento, a partir de uma política redistributiva e contando com ajuda financeira dos países desenvolvidos, visou unir os países em um bloco para que, aqueles que tivessem maior poder nas negociações com as empresas farmacêuticas, pudessem comprar as vacinas por meio de um fundo patrocinado por doadores.

Tedros Adhanom Ghebreyesus, diretor da Organização Mundial da Saúde, fez um apelo mundial em meados de 2021, ao dizer que ainda haveria tempo de reverter a situação de desigualdade na distribuição mundial das vacinas. Para atingir este objetivo seria necessário um chamamento “a todos os países para que trabalhem juntos para garantir que nos primeiros cem dias deste ano, a vacinação dos profissionais de saúde e dos idosos esteja em curso em todos os países”(BBC, 2021, s.p.).

No entanto, os dados mostram que, enquanto em países desenvolvidos da Europa, Ásia e América do Norte atingiram uma imunização de seus habitantes acima de “80%”, há países como a África do Sul que possuem apenas “25,67%” de pessoas totalmente vacinadas. E, em casos mais alarmantes, como na Etiópia, Nigéria e Tanzânia, pode-se mensurar que o total de vacinados não chega a margem dos “2%”. (OUR WORLD IN DATA, 2021, s.p.)

Assim, é possível perceber que mesmo com o consórcio COVAX, a perspectiva de que a imunização atinja as nações mais pobres do globo ainda é um sonho a ser atingido, e pode demorar. Porém, os cientistas já alertam que, se uma nação não for imunizada pela falta de poder econômico, torna-se um problema de toda a humanidade. Uma destas

demonstrações está no desenvolvimento da variante Ômicron, cujo possível surgimento se deu na África do Sul que, pela insuficiente cobertura vacinal de sua população tornou-se um possível “laboratório” para o surgimento de variantes. Tais mutações do vírus podem colocar em cheque todo um processo de vacinação no mundo, com a possibilidade de reinfecção até mesmo em países com vacinação avançada, com alertas para a necessidade de novas quarentenas. (PULLIAM et. al., 2021, p.8-19)

Neste sentido, estratégias precisam ser traçadas para que, em um pequeno período, o maior número de países possa adquirir bons percentuais de cobertura vacinal de sua população contra a Covid-19. Sendo assim, no próximo tópico, será realizada análise em relação a uma das possíveis alternativas a serem adotadas para possibilitar uma maior produção de vacinas no mundo, a denominada licença compulsória.

#### **4. LICENÇA COMPULSÓRIA E VACINAS CONTRA A COVID-19**

A licença compulsória, conhecida popularmente como “quebra de patentes”, passou a ser um mecanismo ventilado ao longo da pandemia da Covid-19 para aumentar a oferta de vacinas no mercado mundial. Porém, diante desta discussão, faz-se necessário apontar alguns aspectos. O primeiro deles é o contraponto entre o direito à proteção da propriedade industrial<sup>7</sup> e o direito à saúde e ao acesso à vacinação. Por sua vez, o segundo questionamento refere-se à utilidade da adoção deste mecanismo para os países subdesenvolvidos. Estas duas discussões serão abordadas no presente tópico.

A pandemia da Covid-19 trouxe um emaranhado de problemas complexos, os quais desafiaram a sociedade científica mundial por não haver medicamentos e imunizantes eficazes para seu combate. Diante disto, para que houvesse um eficaz “enfrentamento da doença, com a precisão e a celeridade esperadas pela população mundial, exigiu mobilizar inúmeras estruturas já consolidadas de pesquisa, inovação e produção, nos setores público e privado.” (CHAMAS, 2020, p. 3)

As primeiras vacinas passaram a ter sua eficácia científica aprovada em 2020. No

---

<sup>7</sup> Segundo o art. 1, § 2º da Convenção de Paris “a proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal” (BRASIL, 1883, s.p.)

entanto, a partir disto gerou-se uma ampla discussão, já que países como Canadá passaram a celebrar contratos diretamente com as farmacêuticas, adquirindo quantidades superiores ao necessário para vacinar todo o seu coeficiente populacional. Paradoxalmente, países como a África do Sul só tiveram acesso aos imunizantes quando estes ainda estavam em caráter experimental. Ou seja, as vacinas que foram ali aplicadas se deram por conta das pesquisas direcionadas à produção dos imunizantes que, após comprovação de sua eficácia e de que não eram prejudiciais aos seres humanos, foram comercializadas aos demais países, sem grandes perspectivas de promover uma vacinação de todo seu contingente populacional. (SOY, 2021, s.p.)

Afora as questões éticas envolvidas, abre-se um questionamento em relação ao cumprimento da função social da propriedade intelectual pelas farmacêuticas neste período da pandemia da Covid-19. Correa (2003, p.27) refere que, por vezes, a fixação de patentes traz uma noção de que “produtos farmacêuticos” podem ter preços acima dos considerados ideais para o acesso de todos, já que os detentores da propriedade têm de recuperar o seu investimento em relação a pesquisas realizadas para obtenção do produto final e, assim, obter um lucro a partir do investimento realizado. No entanto, Bermudez et al. (2000, p.59) descrevem que, “há necessidade de se traçar fronteiras bem definidas entre o privilegiável e o não privilegiável de forma a compatibilizá-las com as normas constitucionais em vigor.” Neste âmbito, é imprescindível analisar a questão dos direitos humanos e as normativas que embasam uma possível concessão de licença compulsória no período da pandemia da Covid-19.

O acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, fixa diretrizes em torno da proteção patentária dos países signatários<sup>8</sup>. Porém, em seu artigo 31, autoriza as licenças compulsórias em situações excepcionais, a partir do cumprimento dos seguintes requisitos:

só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente

---

<sup>8</sup> Outro tratado que pode ser citado é a Convenção de Paris que, em seu artigo 5º, § 2 estabelece que “cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração” (BRASIL, 1883, s.p.)

buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 1994, s.p.)

Em complementação ao referido dispositivo, Barbosa (2010, p.467) refere que “não haverá a faculdade de administração emitir de ofício a licença compulsória, se o titular ou licenciado se dispuserem ou estiverem em condições de atender à emergência ou ao interesse público.” Nesse sentido, entende-se que é perfeitamente factível a concessão de licenças compulsórias por questões humanitárias aos países subdesenvolvidos, cuja maioria se encontra em situação de calamidade pública/emergência, por carecerem de uma maior distribuição e acesso das vacinas para sua população, infelizmente ainda concentradas em países desenvolvidos.

Em face a esta triste realidade, a Organização Mundial da Saúde passou a articular movimentos em torno da quebra de patentes. No entanto, em um primeiro momento a maior economia mundial, os Estados Unidos da América, baseada em discursos xenofóbicos e de quebra com o sistema multilateral por parte do seu então presidente Donald Trump, o país posicionou-se negativamente em relação a esta possibilidade. Todavia, com a eleição de Joe Biden, houve mudança na política, com sinalização positiva por parte do governo norteamericano (SANTIN; NASCIMENTO, 2021, p.3). A partir disso, as expectativas para que a concessão de licença compulsória no período da pandemia seja uma realidade tornaram-se mais altas. Porém, ventila-se aqui outro problema: quais seriam os países periféricos que teriam condições de produzir suas próprias vacinas a partir de uma possível quebra de patentes? Preliminarmente, há de se destacar que a maioria não conta com um parque fabril apto para tanto, o que torna a perspectiva de produção interna praticamente inviável.

No entanto, a licença compulsória poderá trazer um aumento da oferta de

imunizantes e, com o aumento da concorrência entre fornecedores, poderia haver uma redução dos custos para sua aquisição. Um exemplo foi o que ocorreu em relação à quebra de patente do medicamento *Efavirenz*, utilizado como tratamento à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). A partir da Rodada de Doha, a qual contou como principal liderança o Brasil, a exclusividade da exploração da patente do medicamento foi contestada com base no interesse público e na aplicação da função social da propriedade intelectual. Após um longo processo, que culminou na Declaração de Doha, o Brasil obteve a licença compulsória para produzir o medicamento, fator fundamental para a sobrevivência dos pacientes de HIV. Destaca-se que o fármaco era produzido apenas pelo laboratório norte-americano *Merck Sharp & Dohme* e, a partir da licença compulsória, possibilitou-se sua produção nos laboratórios da Fundação Oswaldo Cruz. Com isso, além do controle e redução das mortes pela AIDS, um dos principais benefícios foi a redução de custos do medicamento, o que com que se alcançasse um número muito maior de pessoas, bem como foi estendida sua produção a outros países. (SALAMA; BENOLIEL, 2017, p.119-141).

A licença compulsória obtida na Rodada de Doha foi uma grande conquista do Brasil e demais países periféricos, algo inédito sobretudo a partir de uma ótica de relações de poder Norte *versus* Sul global. (SALAMA; BENOLIEL, 2017, p.40). Correa (2003, p.28) entende que o Acordo TRIPS não pode impedir que seus membros tomem medidas para proteger a saúde pública de seus países, e precisa ser interpretado de acordo com essa premissa. É fato que o processo capitaneado pelo Brasil na Rodada de Doha abriu portas para um novo cenário em torno da necessidade de ponderar entre direitos tão importantes, saúde e propriedade intelectual.

Porém, apesar de a quebra de patentes ser uma ferramenta que pode ser utilizada em meio à necessidade de uma maior produção de vacinas, esta, por si só, não será capaz de resolver o impasse do fornecimento universal de vacinas no caso da pandemia da Covid-19. A erradicação desta crise sanitária só se tornará, de fato, viável, se houver uma aliança multilateral para a produção dos imunizantes e dos medicamentos, visando sobretudo um fornecimento cooperativo para os países periféricos.

Souza Santos (2020, p.30) refere que “a pandemia e a quarentena estão revelando que são possíveis alternativas, que as sociedades se adaptam a novos modos de viver quando

isso é necessário e sentido como correspondendo ao bem comum.” Portanto, a partir do fortalecimento do multilateralismo, será possível a adoção de ações que, de fato, beneficiem a todos. Estratégias individuais como a obtenção de licença compulsória podem se tornar ineficazes frente às imensas e complexas necessidades dos países mais pobres, dando continuidade às desigualdades sociais latentes e históricas, as quais ficaram ainda mais evidenciadas no período da pandemia da Covid-19.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é inevitável a percepção de que em um cenário de crise ambiental, econômica e sanitária em âmbito mundial, alguns indivíduos ou países serão acometidos mais gravemente que outros. Sabe-se que a desigualdade permeia um longo caminho na história da humanidade, quase que se confundindo com ela. A pandemia da Covid-19 só veio abarcar e tornar ainda mais visível o individualismo e a falta de zelo moral entre os povos (SANTIN, 2009, p.79-92).

Nesse sentido, conclui-se que a crise advinda da pandemia da Covid-19 não é um fator isolado, mas um elemento dentro de um todo bem mais amplo e complexo, cujo fator central é a forma de exploração dos recursos naturais pós-revolução industrial. Veja-se as conclusões de Jean Segata, abaixo transcritas:

Enfim, tratar pandemias e catástrofes ambientais e humanitárias como sendo “uma crise” é fingir que vivemos apenas problemas passageiros - é normalizar a exceção (Latour, 2020; Santos, 2020). A Covid-19 é uma tragédia sem precedentes e o vírus que a provoca não chegou sozinho. Ele veio acompanhado das mudanças climáticas em escala global e de um imenso emaranhado de miséria, sofrimento e falta de empatia que desenham um futuro incerto e amedrontador. São os efeitos de um projeto acelerado e destrutivo para o controle, o aprimoramento e o consumo da natureza convertida em mercadoria (Berardi, 2019; Stengers, 2015). Em outras palavras, o que temos vivido com a Covid-19 é apenas mais um sintoma. A verdadeira doença ainda se chama capitalismo. (SEGATA, 2020, p. 303)

O que se percebe é que a resolução dos complexos problemas advindos da pandemia da Covid-19 em âmbito global ainda é pensada a partir do que se tinha antes, o “velho normal”. Há uma dificuldade, ou mesmo uma incapacidade, na formulação de soluções mais amplas, críticas e profundas, capazes de questionar o *modus vivendi* da humanidade até então

e, conseqüentemente, o próprio modelo capitalista de produção, no qual a natureza nada mais é do que mais um elemento de exploração, se não o principal elemento. Neste modelo, é possível justificar que países utilizem de seu poderio econômico para obter vantagens na competição pelos imunizantes, ainda escassos, adquirindo em grande escala vacinas para que, em um curto espaço de tempo, suas populações sejam imunizadas por completo. Afinal, em um mundo permeado pelo capitalismo excludente a regra da justiça que impera é aquela do “darwinismo social”, com o predomínio de quem detém mais capital.

Porém, tais sentimentos nacionalistas pautados na competitividade entre os países e, até mesmo, entre os próprios cidadãos de um mesmo país, deixam de lado valores tão caros como justiça, igualdade e fraternidade. Um egoísmo e um individualismo vivenciados em proporções extremas, capazes de deixar os países mais pobres do globo à mercê de receber somente a “sobra” dos países mais ricos.

Alternativas louváveis para contrapor este estado de coisas foram pensadas, como o consórcio COVAX e a possibilidade de quebra de patentes para ampliar a oferta dos imunizantes, aqui estudadas. São um arremedo de esperança; mas é preciso alertar que podem não ser suficientes.

Por fim, é deveras necessário salientar que esta crise só terá fim a partir de uma mudança de valores. Uma humanidade voltada ao verdadeiro sentido do “humano” e da solidariedade. Afinal, somente com uma taxa elevada da população mundial imunizada é que poderá haver uma perspectiva do fim deste imbróglio que perdura desde os primeiros sinais deste perverso vírus, ainda em final de 2019. Portanto, é necessário que todos os Estados e instituições de estudo e desenvolvimento dos imunizantes atentem às definições trazidas pelo plano COVAX, bem como às possibilidades de concessão de licenças obrigatórias às patentes dos imunizantes, com vistas a aumentar a sua distribuição, em especial aos países mais carentes.

A condução do Brasil nesta questão da pandemia e, em especial, na luta pela quebra das patentes, tem se mostrado deveras preocupante. Ao trazer uma política voltada ao negacionismo e sem a preocupação com o número crescentes de mortes, o país reforça uma política internacional extremamente desigual, enfraquecendo as lutas dos países mais pobres por mais solidariedade e pelo acesso universal à vacinação e ao direito à saúde.



## 6. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1 ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BBC. **Papa Francisco pede acesso à vacina contra covid-19 para todos em mensagem de Natal**. 25 dez. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55447050> Acesso em: 29 mar. 2021.

BBC. **Vacinas contra covid: a advertência da OMS sobre 'fracasso moral catastrófico' da distribuição de imunizantes**. 19 jan. 2021. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55716829?at\\_medium=custom7&at\\_campaign=64&at\\_custom1=%5Bpost+type%5D&at\\_custom2=facebook\\_page&at\\_custom4=2633CCAE-5A48-11EB-834F-5ADE96E8478F&at\\_custom3=BBC+Brasil&fbclid=IwAR2\\_HLBdzj8BYoagVZPku2M1RnSm1YEvToIBMxoVmxV9Ja54h2tJS\\_juXuA](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55716829?at_medium=custom7&at_campaign=64&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom2=facebook_page&at_custom4=2633CCAE-5A48-11EB-834F-5ADE96E8478F&at_custom3=BBC+Brasil&fbclid=IwAR2_HLBdzj8BYoagVZPku2M1RnSm1YEvToIBMxoVmxV9Ja54h2tJS_juXuA). Acesso em 29 mar. 2021.

BERMUDEZ, Jorge Antônio Zepeda et al. **O acordo de TRIPS da OMC e a proteção patentária no Brasil: mudança recentes e implicações para a produção local e o acesso da população aos medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ensp, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Convenção de Paris**. 1883. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf>. Acesso em 16 dez. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional 95**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm) Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação Contra a Covid-19**. 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano\\_vacinacao\\_versao\\_eletronica-1.pdf](https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf) Acesso em: 15 de jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.343**. Decisão em Plenário. Reqt.: Rede Sustentabilidade. Intdos.: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília: 6 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754391739> Acesso em: 16 dez. 2021.

BUTLER, Judith. **O capitalismo tem seus limites**. Sopa de Wuhan. ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio), 2020.

CHAMAS, Cláudia. **Inovação, propriedade intelectual e acesso a medicamentos e vacinas: o debate internacional na pandemia da COVID-19**. Liinc, Rio de Janeiro, v.16, n.2, 2020.

CORREA, Carlos M.O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. 2005, v. 2, n. 3 pp. 26-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000200003>>. Acesso em: 16 dez.2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 15 dez. 2021.

FARMER, Paul. Pathologies of Power: Rethinking Health and Human Rights. **American Journal of Public Health**, Whashington, vol. 89, 1999, n.10, p.1488.

GORISCH, Patricia. VICTORIO, Paula Carpes. Os refugiados na pandemia do Coronavírus: análise de possíveis violações de direitos humanos no Brasil. In: MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaína Machado Sturza; GIMENEZ, Charlise Paula Colet (Org.). **O direito à saúde frente à pandemia COVID-19: da crise sanitária à crise humanitária no Mercosul**. 1ed.Porto Alegre: Evangraf, 2020.

GUIMARAES, Samuel Pinheiro. Nação, nacionalismo, Estado. **Estud. av.**, São Paulo, v. 22, n.62, p. 145-159, abr. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142008000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142008000100010&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 23 jan. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000100010>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira:2020**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

KUPFERSCHMIDT, Kai. Global plan seeks to promote vaccine equity, spread risks. **Science**, vol. 369, 2020, pp. 489-490. DOI: 10.1126/science.369.6503.489.

MONIÉ, Frédéric. A África subsaariana diante da pandemia de Coronavírus/COVID-19: difusão espacial, impactos e desafios. **Espaço e Economia**, vol 18, 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/espacoconomia/13629#quotation> Acesso em: 27 jan.2021. DOI: <https://doi.org/10.4000/espacoconomia.13629>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **COVAX Announces additional deals to access promising COVID-19 vaccine candidates; plans global rollout starting Q1 2021**. 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/18-12-2020-covax->

announces-additional-deals-to-access-promising-covid-19-vaccine-candidates-plans-global-rollout-starting-q1-2021#:~:text=The%20COVAX%20Facility%20currently%20has,as%20the%20Gavi%20COVAX%20AMC. Acesso em: 23 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio.** 1994. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf> Acesso em: 16 dez.2021.

OUR WORLD IN DATA. **Coronavirus(COVID-19) Vaccinations.** Disponível em: <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations?country=> Acesso em: 16 dez. 2021.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO(PNUD). **Relatório do Desenvolvimento Humano 2019.** Disponível em: [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_pt.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf) Acesso em: 16 dez. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PULLIAM, Juliet R.C. et al. Increased risk of SARS-Cov-2 reinfection associated with emergence of the Omicron variant in South Africa. **medRxiv**, 2021. Doi: <https://doi.org/10.1101/2021.11.11.21266068>

QUINZANI, Marcia Angela Dahmer. O avanço da pobreza e da desigualdade social como efeitos da Covid-19 e o estado de bem-estar social. **Boletim de Conjuntura**, Boa Vista, ano 2, vol.10, n.6, p.43-47, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens.** Tradução de Eduardo Brandão. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BENOLIEL, Daniel. **Líderes improváveis: a batalha dos países em desenvolvimento pelo acesso a medicamentos patenteados.** Rio de Janeiro: FGV, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado e a crise de efetividade do direito. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 25, p. 79-92, 2009.

SANTIN, Janaína Rigo. NASCIMENTO, Anna Gabert. Covid-19: Papel do Brasil nos Acordos Multilaterais. In: **Anais do XVII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2021, v. 17. p.1-5.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, constituição e administração pública no século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local.** Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 31 ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

SEGATA, Jean. Covid-19, biossegurança e antropologia. **Horizontes Antropológicos**, v. 26, n. 57, p. 275–313, 2020. doi:10.1590/s0104-71832020000200010. Acesso em: 16 dez. 2021.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **La cruel pedagogia del vírus**. 1 ed. Tradução de Paula Vasile. Buenos Aires: CLASCSO, 2020.

SOARES, R.; MACHADO, W. O programa científico do Antropoceno. **Estudos Avançados**, v. 35, n. 101, p. 289–294, 2021. doi:10.1590/s0103-4014.2021.35101.018. Acesso em: 16 dez. 2021.

SOY, Anne. **Coronavírus**: por que países da África podem esperar meses para iniciar vacinação contra a covid-19. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55811435> Acesso em: 16 dez.2021.

STEVANIM, Luiz Felipe. Uma vacina para a humanidade: da expectativa à realidade, os esforços para se chegar a uma vacina contra Covid-19 acessível à população. **RADIS: Comunicação e Saúde**, n.216, p.12-21, set. 2020.

THE WORLD BANK. **Data Bank**. 2018.Disponível em: <https://databank.worldbank.org/home.aspx> Acesso em: 15 dez. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

*Data da submissão: 10/05/2021*

*Data da primeira avaliação: 16/08/2021*

*Data da segunda avaliação: 15/12/2021*

*Data da aprovação: 15/12/2021*

**INTELIGENCIA ARTIFICIAL: MESMOS PROBLEMAS, MAS NA VERSÃO  
HI-TECH***ARTIFICIAL INTELLIGENCE: SAME PROBLEMS, BUT IN HI-TECH VERSION***Lenio Luiz Streck<sup>1</sup>****Luísa Giuliani Bernsts<sup>2</sup>****Jefferson de Carvalho Gomes<sup>3</sup>**

**RESUMO:** O debate jurídico tem sido enfeitado nos últimos anos com o novo *canto da sereia*: o uso de algoritmos para auxiliar os juízes em sua prestação jurisdicional, incluindo nesse rol o auxílio na tomada de decisões. Isso é resultado de mudanças profundas sofridas também pelo Direito nos últimos dois séculos, mas principalmente a partir da década de 1990, impulsionadas pela tecnologia. Bem verdade, toda a estrutura e compreensão sobre o mundo vem se transformando e, seguramente, motivada pelo *boom* da internet. Como em cadeia, essas mutações afetaram o processo comunicativo, a forma de relacionamento entre os sujeitos e, paulatinamente, vêm atingindo o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Pretende-se, a partir do emprego do “método” fenomenológico-hermenêutico, demonstrar que, mesmo diante dos avanços promovidos pela tecnologia, não podemos abrir mão das justificações por princípio como trunfos em favor da democracia.

**Palavras-chave:** Crítica Hermenêutica do Direito; Inteligência Artificial; Filosofia no direito

**ABSTRACT:** The legal debate has been enchanted in recent years with the new siren song: the use of algorithms to assist judges in their jurisdictional provision, including assistance in decision-making. This is the result of profound changes also undergone by the Law in the last two centuries, but mainly from the 1990s onwards, driven by technology. Truly, the entire structure and understanding of the world has been changing and is certainly motivated by the internet boom. As a chain, these mutations affected the communicative process, the form of relationship between subjects and, gradually, they have reached the scope of action of the Judiciary. It is intended, from the use of the phenomenological-hermeneutic “method”, to

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Coordenador do *Dasein* — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Membro da Rede Brasileira Direito e Literatura.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (bolsista Prosup-Capes); Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (bolsista Prosup-Capes); Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Professor na Pós-Graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor convidado nas Pós-Graduações das Universidades Cândido Mendes e Assis Gurgacz; Professor convidado na Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e da Rede Brasileira Direito e Literatura. Advogado.

demonstrate that, even in the face of advances promoted by technology, we cannot give up justifications on principle as trumps in favor of democracy.

**Keywords:** Hermeneutic Critique of Law; Artificial intelligence; Philosophy in Law.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Inteligência artificial no direito 3. Interpretar por princípio, mais uma vez a Crítica Hermenêutica do Direito; 4. Considerações finais; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito tem passados por mudanças profundas ao longo dos últimos dois séculos. Não é tão distante o período em que o Direito era quase uma atividade artesanal, visto que muito do que escrito era, primeiramente, feito à mão e, depois, datilografado. Os processos eram todos em papel, as decisões eram feitas também à mão pelos juízes e todos os atos do processo eram feitos e escritos através de papel e manuscritos.

No fim do século XX, mais precisamente a partir da década de 90, a tecnologia começou a avançar, mudando toda a estrutura do mundo, o que, seguramente, tem como causa principal o surgimento e o *boom* da internet. Como em cadeia, essas mutações afetaram o processo comunicativo, a forma de relacionamento entre os sujeitos e, paulatinamente, vêm atingindo o âmbito de atuação do Poder Judiciário.

É inegável que, dentre os tantos benefícios oriundos da informatização, inúmeros atos processuais ficaram mais céleres, diminuiu-se o desperdício de papel, facilitou-se o acesso à justiça. Contudo, o que se pretende discutir no presente texto é, justamente, se tais benefícios não carregam consigo predadores. Em nome da celeridade seria possível admitir que máquinas passem a julgar? Em nome da segurança jurídica conseguiremos matematizar casos concretos singulares por natureza?

O método de pesquisa empregado para tanto é o fenomenológico-hermenêutico. Isso pois, somente pela compreensão é possível interpretar. As pré-compreensões a respeito de um tema residem na tradição e somente nós mesmo conseguimos, a partir da linguagem, interpretá-la (STRECK. 2014, p. 331). Não mais como terceiros, os sujeitos é que desvelam o sentido das coisas pela desconstrução do senso comum. Por si só este método ajuda a clarear as questões trazidas neste ensaio, como veremos em seguida.

## 2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

Não resta dúvida que a tecnologia, como já referido, trouxe muitos avanços positivos ao cotidiano das pessoas. A pandemia, que ainda estamos vivenciando, serviu para intensificar essas transformações, de forma que não mais será possível retroceder ao estilo de vida alheio ao mundo virtual. Porém, ao mesmo tempo em que este avanço tecnológico pode ter trazido várias vantagens, inclusive ao Direito, preocupa a possibilidade de eles encobrirem posturas antidemocráticas que há muito vêm se denunciando.

Em outros textos já se alertou para o paradoxo: se a extrema tecnologização der certo, dará errado. É como as pesquisas que buscam objetificar ou matematizar o cérebro e as emoções, com eletrodos e quejandos: se der certo, dará errado, porque acaba com a filosofia. *Algoritmos rimam com epistemologia?* Como a IA lida com aquilo que é condição para explicarmos o que compreendemos? Ou também já matamos a epistemologia?

Primeiramente, é notável como o incessante desejo de tecnologização coincide com o empobrecimento do raciocínio jurídico — afinal, para que ter aulas e ter de pensar se há vídeos no YouTube sobre o assunto ou se as máquinas podem resolver meu problema? Além disso, o endeusamento da técnica como visão de mundo apenas retoma uma perspectiva filosófica há muito já conhecida — mudam-se os nomes (empirismo não tem a mesma atratividade que *algoritmos*), mas a *coisa* continua a mesma.

Mas passando pra um patamar acima (ou abaixo): é possível obter algum benefício com o uso de inteligência artificial no Direito, sobretudo para a tomada de decisões judiciais? Sobre o uso demasiado de inteligência artificial na prestação jurisdicional, Marco Marrafon (2019, s.p.) observa que:

é necessário ter em mente os perigos que podem estar inseridos nesta contribuição: ainda que não haja nem espaço e nem juridicidade para a existência de decisões judiciais tomadas diretamente pela Inteligência Artificial, a grande capacidade de processamento de informações, combinada com o potencial de aprendizado, já permite antever que as decisões humanas serão baseadas em relatórios e análises baseadas em IAs superinteligentes, que, certamente, serão determinantes para o resultado. (...) é o conhecimento legal prévio que permitirá a identificação da tipicidade dos fatos e isso significa que as interpretações realizadas pelas IAs em seus relatórios constituirão a verdadeira motivação que instruirá os processos decisórios: a IA será a intérprete maior do Direito.

Para compreendermos melhor a questão em voga, trazemos um caso concreto. Os EUA resolveram melhorar sua eficiência no sistema judiciário criminal com o emprego de algoritmos, desenvolvendo um programa que tenta prever o comportamento do réu, que é chamado COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

Criado em 1998, o algoritmo do programa é secreto, ou seja, não podemos compreender totalmente a forma como ele decide em cada caso. E isso já é um problema. O máximo de informação que se tem é que ele determina o padrão comportamental por uma série de perguntas. Após a aplicação de um questionário, o programa atribui uma nota de 1 a 10 e, dependendo dessa nota, sentenciará o juiz.

Questão de tempo até que isso gerasse mobilização no debate jurídico estadunidense. Em 2016 houve o primeiro caso: *Wisconsin v. Loomis*. Loomis foi indiciado pelas acusações de direção perigosa (como cúmplice), fuga de um oficial da lei, condução de um veículo roubado (como cúmplice), posse de arma de fogo para uso em crime (como cúmplice) e posse de uma espingarda de cano curto (como cúmplice). Loomis respondeu ao temível questionário e foi sentenciado, em fevereiro de 2013, por 6 anos de prisão, por causa da sua nota.

O réu, então, apelou da decisão, arguindo que a utilização de ferramentas de cálculo de risco pode afetar a neutralidade do juiz, ferindo o seu direito ao *due process*, previsto na Quinta Emenda. Um dos argumentos foi a alegação de que não se pode acessar os dados que o levaram a tal “acuracidade”. Ainda assim, a Suprema Corte de Wisconsin manteve a condenação afirmando que ele teria a mesma sentença se fosse levado em consideração somente os atos delituosos e o seu histórico. Com isso, manteve a possibilidade do emprego do COMPAS na formação da decisão dos magistrados sob o argumento de que o COMPAS serve como uma ferramenta de informação a ser utilizada ou não pelo juiz em sua decisão. Ou seja, o *due process* estaria intacto.

A partir daí surgiu um massivo debate sobre questões transversais de raça e gênero. Isso porque foi feita uma análise que mostrou o seguinte resultado: se um negro e outro branco com a mesma idade, sexo e ficha criminal - e levando em conta que depois de serem avaliados os dois cometeram quatro, dois ou nenhum crime -, o negro tem 45% mais chances do que o branco de receber uma pontuação alta no COMPAS (LARSON; MATTU; KIRCHNER; ANGWIN, 2016, s.p.). Mas por que mesmo não tendo uma pergunta sobre raça, os afrodescendentes têm uma pior classificação? Motivo?

Muitos podem ser os motivos para essa descaracterização da igualdade de raça na aplicação do algoritmo. Não iremos adentrar nessa discussão pois acredita-se que, antes mesmo de todas essas questões de minorias vulneráveis, existe um elemento constitutivo do Direito que deve ser considerado: o interpretativismo. Esta deve ser a luta contra os voluntarismos e decisionismo com que nos deparamos. O fato de a Suprema Corte de Wisconsin evitar o assunto



de transparência do programa é um problema enorme. Eis, precisamente, o ponto pelo qual precisamos denunciar a “algoritimização do direito” como uma repriminção do realismo jurídico: apenas substituímos a aplicação mecânica, acrítica e descontextualizada de “precedentes”, “súmulas” etc. por uma aplicação, igualmente irrefletida, do produto do tratamento de informações por um algoritmo, o qual sequer sabe-se como funciona. Esse bastaria para que o Direito exsurgisse.

Prova disso é exatamente o argumento da Suprema Corte do Wisconsin acima relatado: ora, no final do dia, qual foi realmente o fundamento da decisão? Os atos delituosos e o histórico criminal, ou a cartilha do algoritmo? Não se sabe! E não se sabe o porquê o grau mínimo de autonomia do Direito nunca foi levado a sério. Aliás, nunca se soube a resposta (aqui está o realismo)! O realismo sempre defendeu a necessidade (ou possibilidade) de observarmos o comportamento das Cortes para capturarmos o que é o Direito, sem que fosse necessária uma interpretação profunda (íntegra e coerente) dos princípios e regras que atravessam o fenômeno jurídico prático. Agora, nem mesmo a prática jurídica superficialmente considerada é o Norte para a decisão judicial, mas um algoritmo (o que, me parece, é mil vezes pior, embora seja, no fundo, o mesmo inimigo de sempre).

É possível, inclusive, imaginar esses dois rios (realismo jurídico clássico e o realismo algoritmizado) se cruzando: uma decisão tomada em 2021 por uma Corte do Wisconsin fundamentada em uma pontuação do COMPAS e, que, após sedimentada enquanto precedente, servirá de fundamento para uma outra decisão da mesma Corte em 2050. O paradoxo: o fundamento da decisão de 2021 foi a cartilha de um algoritmo. Não teremos reis, só mensageiros de reis. Mas, sem reis, não haverá mais mensagens. Haverá (já há) mais um predador do Direito no mercado. Agora é o de número 4. Moral, política e economia...e agora a algoritimização.

No Brasil, este problema começa a parecer quando, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça começa a usar mecanismos de inteligência artificial – conhecido por sistema Sócrates – responsável pelo controle e gestão de dados pra otimização da prestação jurisdicional. Aparentemente, o discurso do uso da inteligência artificial é positivo, porém, pelo o que se vê na ainda precoce experiência, é problemático. A exemplo, o julgamento de *habeas corpus* diante da interpretação literal da súmula 691, do STF, que inadmitte o manejo do remédio como substitutivo de Recurso Ordinário. O problema: existem situações que tal regra deve ser

afastada. Será que a máquina que faz o controle de admissibilidade será capaz de compreender o que é uma situação teratológica?

### **3. INTERPRETAR POR PRINCÍPIO, MAIS UMA VEZ A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Para responder a essas tantas questões é preciso pensar no que justamente consiste na tarefa de interpretar o Direito. Ou seja, antes de descobrir os algoritmos que recheiam as máquinas, precisamos refletir sobre como os juízes decidem. Afinal, muito provavelmente, este será o parâmetro. Se de um lado é inegável a contribuição, é pertinente que tenhamos em mente os perigos que podem estar inseridos nela, pois, ainda que não haja nem espaço, nem juridicidade para a existência de decisões judiciais tomadas exclusiva e diretamente pela Inteligência Artificial, inegável a dimensão que ela está ganhando.

Portanto, partindo desta premissa, precisamos nos colocar não contra, mas reflexivos acerca da “colonização do mundo do direito” pela tecnologia. Isso em razão de pelo menos dois motivos robustos, ambos ligados à nossa compreensão do conceito de direito, que esclarecemos desde já: é interpretativista. Primeiro: não há como pensar em uma interpretação que não seja diretamente conectada com a (inter)subjetividade e por conseguinte com a atividade humana. Nesse sentido, “o horizonte do significado nos é dado pela compreensão que temos de algo. A compreensão é existencial, é uma categoria pela qual o homem se constitui” (STRECK, 2020, s.p.) e isso por si é incompatível com o “juiz robô”.

Por isso, ainda que se admita que máquinas e juízes possam decidir juntos, a máquina nunca terá a capacidade de compreender o fenômeno complexo que se desenvolve a partir de um processo, pois interpretar é por si ato por hermenêutico complexo, que depende da atividade humana, vinculada à capacidade de compreender a historicidade e desvelar a tradição. É dessa forma que os sentidos se mostram à sua melhor luz e são controlados pela intersubjetividade. Afinal, a ausência de grau-zero de sentido e o processo de conhecê-los é uma arma e tanto contra arbitrariedades. E, como muito bem sabemos, por isso, ao hermenêuta importa tanto o caminho.

Lançamos um grande argumento – afinal, somos como os ouriços – que reforça e é reforçado pela tese de que existe uma forma (fenomenológica-hermenêutica) correta de interpretar. Isso porque todas as decisões deveriam partir de argumentos de princípio, que por

sua vez são incoerentes com os pragmatismos e utilitarismos que fundamentam posturas que defendem a Inteligência Artificial.

Os argumentos apresentados pelos juristas hi-tech costumam ser os da celeridade, eficiência e isenção do julgador. Contudo, esse tipo de argumento, que funciona na lógica do resultado, fere a própria gramática dos princípios (BERNSTS, 2022) e, para ressaltar, cabe muito bem um dos exemplos usados pelo próprio Dworkin para explicar seu grande ataque ao positivismo de Hart. Dworkin apresenta a categoria dos princípios, dentre os casos, com o *Riggs vs Palmer*, que se refere a seguinte demanda: Elmer era neto de Palmer e seu herdeiro, diante da possibilidade da alteração do testamento, o neto mata o avô pensando em ficar com a herança, afinal não havia proibição legal. Entra com ação pleiteando a herança e ganha em primeiro grau. Em segundo grau, perde porque entendem os juízes, em termos de hoje, que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

A resposta foi adequada porque seguiu um princípio. Se fosse tomada a partir da concepção de regra válida - segundo a caracterização do positivismo por Dworkin - admitiria a manutenção dos direitos sucessórios. Ainda no sentido da construção da melhor resposta possível, que se constrói a partir da interpretação de cada caso, Dworkin retoma o caso *Riggs vs Palmer* para combater argumentos utilitaristas e pragmatistas, isso porque, mesmo que as tias (concorrentes na sucessão) comprovassem que empregariam o dinheiro de melhor forma, deveria o juiz decidir não por isso, visto que essa é questão diferente da que se colocou em debate.

Denota-se, rápida e brevemente, desse exemplo que, como muito bem coloca Ziel Ferreira Lopes, “princípios se sustentam em razões substanciais que não podem ser separadas de um componente avaliativo, não podem ser tratados como simples questão de fato” (LOPES, 2021, s.p.) e, exatamente por isso, deles “não se apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2010, p. 39-42). A discussão que perpassa esse ponto é de Teoria do Direito. Precisamos necessariamente saber de Teoria do Direito para debater sobre direito. Podemos discordar de forma autêntica sobre quais correntes seguiremos, qual o conceito de direito defenderemos, mas para estarmos todos no mesmo barco (e de preferência bem amarrados nos mastros pela hermenêutica), não podemos esquecer que nele só embarcam seres-humanos.

Eis a necessidade da Hermenêutica, pois a partir dela é que não há como pensar em uma interpretação que não seja diretamente conectada com a subjetividade e, por conseguinte, com a atividade humana. Neste sentido afirma Streck (2020, s.p.):

O acontecer da interpretação se produz a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.

Fica claro neste momento que a interpretação requer necessariamente um ato humano porque é um resultado de toda a atividade dialética que decorre do viver, é dizer: a interpretação é o resultado que uma pessoa tem de vários fenômenos que são postos em seu viver na cotidianidade. Com isso queremos dizer que o conceito de Direito é interpretativo, o que é totalmente diferente da maneira como encaramos os conceitos naturais, como bem coloca Luã Jung, pois conceitos interpretativos não possuem referências, isto é, são intrinsecamente conotativos. Finalmente, o Direito, como um conceito interpretativo, é dependente do emprego de outros conceitos a ele relacionados em um processo holístico de justificação (JUNG, 2021, p. 131).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em síntese: por favor, parem com isso. Fiquem nos limites de sua técnica. Direito não é *marketing*. Não estamos em Lagado. Direito, por mais desmoralizado que já esteja por livros resumidinhos e simplificados, ainda não dá para substituir por figurinhas, desenhos e emojis.

Não invadam o espaço da reflexão jurídica. Não substituamos nossa reflexão por algoritmos ou desenhos. Humanos, ainda somos. Como dizia o grande Rubem Alves, que tinha horror ao naturalismo vulgar da literatura:

O que é que se encontra no início? O jardim ou o jardineiro? É o jardineiro. Havendo um jardineiro, mais cedo ou mais tarde um jardim aparecerá. Mas, havendo um jardim sem jardineiro, mais cedo ou mais tarde ele desaparecerá. O que é um jardineiro? Uma pessoa cujos sonhos estão cheios de jardins. O que faz um jardim são os sonhos do jardineiro.

E eu pergunto: *ainda há espaço para jardineiros no Direito?*

Uma historinha final: houve um torneio de caça ao pato. Um caçador (Dr. Estar Tapas) deu dois tiros, errando à direita e à esquerda do bicho. Como ninguém havia acertado o alvo, o causídico reivindicou o prêmio, com o seguinte raciocínio: *dei um tiro e errei um metro à esquerda do pato; depois, dei outro, errando um metro à direita. Na média, acertei o pato. E citou, a seu favor, uma estatística a partir de fórmulas e algoritmos.* A comissão organizadora lhe deu razão, mas com uma condição: que o mesmo cálculo estatístico valesse contra ele. Dito isto, colocou o Dr. Estar Tapas com um pé nas brasas e outro pé no gelo. O doutor berrava contra a injustiça, ao que o Presidente da comissão lhe respondeu: pelos algoritmos, a sua temperatura é ótima!

## 5. REFERÊNCIAS

BERNSTS, Luisa Giuliani. **Contrapúblicos interpretativos**: uma provocação feminista às respostas corretas em Direito. Salvador: Juspodvim, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010. p. 39 -42

JUNG, Luã Nogueira. **Verdade e Interpretação**: hermenêutica filosófica como alternativa ao naturalismo e ao relativismo. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

LARSON, Jeff; MATTU, Surya, KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. **Propublica**, 23/05/2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 20 out. 2021.

LOPES, Ziel. O direito como um ramo da moral: desvio ou ápice da teoria de Ronald Dworkin?. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 58, Rio de Janeiro, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1181/693>. Acesso em: 20 out. 2021.

MARRAFON, Marco. Filosofia da linguagem e limites da Inteligência Artificial na interpretação jurídica. **Consultor Jurídico**. 22/07/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-22/constituicao-poder-filosofia-linguagem-limites-ia-interpretacao-juridica>. Acesso em: 20 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Estamos condenados a interpretar**. São Paulo: Estado da Arte, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 20 out. 2021.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

*Data da submissão: 30/11/2021  
Data da primeira avaliação: 01/12/2021  
Data da segunda avaliação: 01/12/2021  
Data da aprovação: 01/12/2021*