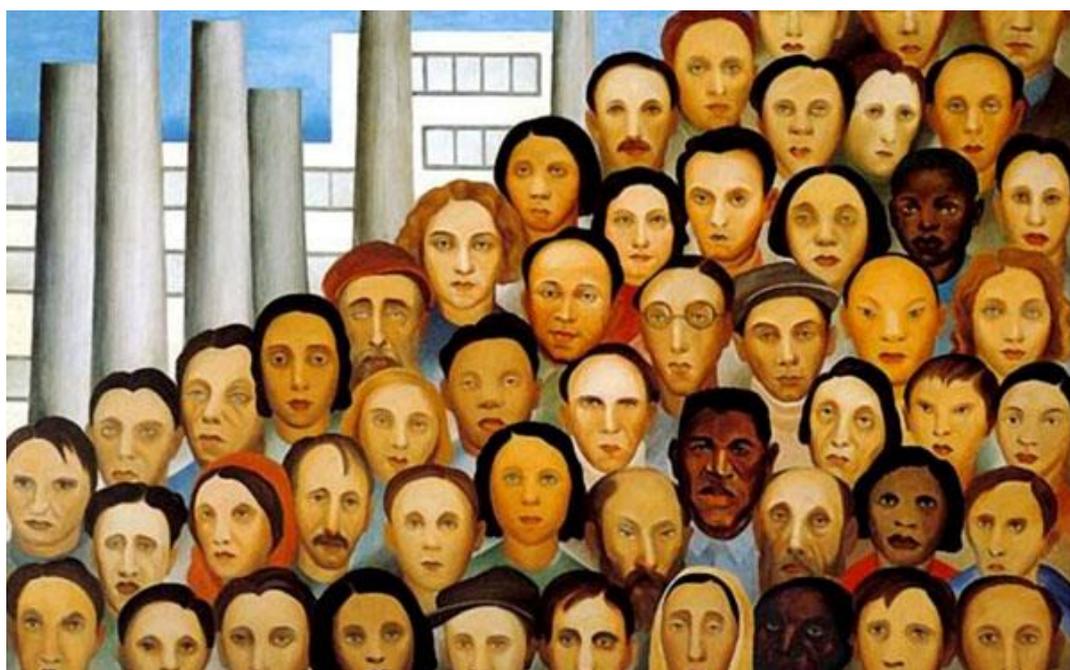


Revista de Direito Trabalho, Sociedade e Cidadania

CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB - ISSN: 2448-2358



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.2, n.2, (jan./jun.2017) - Brasília: IESB, 2017.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

SUMÁRIO

TRÊS ABORDAGENS PARA O ESTUDO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	
<i>Antonio Escrivão Filho; Ísis Menezes Táboas</i>	04
DEMOCRACIA – UM CONCEITO HISTÓRICO E A HISTÓRIA DO CONCEITO	
<i>Augusto César Leite de Carvalho</i>	22
DIREITOS SOCIAIS VS. RECEITA TRIBUTÁRIA NA BALANÇA DE PRIORIDADES DO LEGISLATIVO BRASILEIRO	
<i>Daniel Luchine Ishihara</i>	53
A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR NO PROCESSO: O ÔNUS PROBATÓRIO NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS	
<i>Diogo Palau Flores dos Santos</i>	67
O DIREITO E A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UM TESTEMUNHO PESSOAL DE UMA BREVE JORNADA	
<i>Douglas Alencar Rodrigues</i>	94
O CAÓTICO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O SISTEMA PENAL COMO CONTROLE SOCIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA	
<i>Eduardo Xavier Lemos</i>	106
A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO DIREITO SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
<i>Igor Rodrigues Britto</i>	126
AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL - INOPERÂNCIA E FALTA DE AUTONOMIA	
<i>José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior</i>	138
DOCTRINA CHEVRON: O OCASO ANUNCIADO?	
<i>Paulo Roberto Binicheski</i>	160

TRÊS ABORDAGENS PARA O ESTUDO DO ACESSO
À JUSTIÇA NO BRASIL

Antonio Escrivão Filho

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); *visiting researcher* na Universidade da Califórnia, Los Angeles (UCLA); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.
Advogado e consultor em Direitos Humanos.

4

Ísis Menezes Táboas

Doutoranda em Direito Universidade de Brasília (UnB). Ex-professora substituta da UnB.
Advogada e consultora em Direitos Humanos.

Sumário: Introdução; 1. Primeira abordagem: a perspectiva de análise da sociologia da justiça; 2. Segunda abordagem: o programa constitucional do acesso à justiça; 3. Terceira abordagem: a noção de acesso à justiça nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil; Considerações finais; Fontes e referências bibliográficas.

Introdução

O estudo do acesso à justiça conquistou relevância acadêmica a partir da década de 1970, destacando-se os estudos de Cappelletti & Garth¹, com a compreensão de que a temática da justiça, enquanto mediação institucional de solução de conflitos nas sociedades ocidentais contemporâneas, reivindica o uso de categorias e referenciais analíticos que estão situados para além das perspectivas eminentemente formais e auto-poiéticas do direito, sem, no entanto, desprezá-las.

Atualmente, em tempos de franca expansão do protagonismo político da justiça, fenômeno multifacetado e caracterizado, em uma de suas dimensões, como expressão do desmonte do Estado de Bem Estar Social nos países desenvolvidos e semi-periféricos, dentre eles o Brasil, a questão do acesso à justiça se apresenta como algo essencial para

¹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. [1978] Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

o estudo dos direitos fundamentais, na medida em que aquela expansão protagonista da justiça passa a produzir, como efeito, uma tendência crescente e quase irresistível à judicialização dos conflitos referidos a direitos fundamentais.

De fato, conforme Boaventura de Sousa Santos:

No caso do Brasil, mesmo descontando a debilidade crônica dos mecanismos de implementação, aquela exaltante construção jurídico-institucional [da Constituição de 1988] tende a aumentar as expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais pode transformar-se num motivo de procura dos tribunais (SANTOS, 2011, p.25).

Desse modo, compreende-se que o estudo do acesso à justiça demanda uma abordagem em multi-perspectiva, aqui apresentada em três direções que interagem e se complementam na construção da análise do problema. Nestes termos, uma primeira abordagem pode ser identificada na perspectiva analítica e metodológica da sociologia da justiça, como proposto por Cappelletti & Garth².

De forma interativa, desde uma perspectiva normativa uma segunda abordagem pode ser encontrada no estudo do texto constitucional, inspirado por aquela compreensão jurídico-social expressada pela Constituição brasileira de 1988. Na linha da abordagem da teoria da constituição dirigente, apoiada em Gomes Canotilho³ e Eros Grau⁴, observa-se que do corpo constitucional extrai-se um conjunto de normas princípio e objetivo sobre o acesso à justiça, que dão substrato não a uma colcha de retalhos, senão que se encontram orientadas em um mesmo sentido teleológico, identificado desde a perspectiva de um *programa constitucional do acesso à justiça*.

Complementarmente, observa-se que a este programa constitucional do acesso à justiça deve ser incorporada uma terceira abordagem, focada na expansão normativa operada e identificada, aqui desde uma perspectiva metodológica, nas condenações proferidas contra o Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi ratificada pelo Brasil no ano de 1998. De fato, observa-se que em todas as

² Cfr. CAPPELLETTI, op. cit., 1988.

³ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

⁴ Cf. GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

seis condenações, quais sejam, nos casos *Ximenes Lopes x Brasil*⁵, *Escher e outros x Brasil*⁶, *Garibaldi x Brasil*⁷, *Gomes Lund e outros x Brasil*⁸, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil*⁹, e *Favela Nova Brasília x Brasil*¹⁰, a Corte se manifestou expressamente sobre a violação do Estado brasileiro aos dispositivos dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dizem respeito, por seu turno, às disposições convencionais referentes ao acesso à justiça.

Há que se ressaltar, neste sentido, que a violação do direito humano fundamental de acesso à justiça é a única que consta de forma reiterada em todas as seis condenações proferidas por aquele Tribunal Internacional contra o Brasil.

1. Primeira abordagem: a perspectiva de análise da sociologia da justiça

A questão do acesso à justiça apresenta-se como importante agenda de pesquisa, compreendida enquanto dimensão concreta para uma aproximação entre as noções de Direito e Justiça. De fato, além de colocar à análise um vasto campo para o desenvolvimento conceitual sobre as relações entre o Direito, a Política e a Justiça, a questão do acesso à justiça parece apresentar-se, no Brasil, desde uma perspectiva eminentemente econômica, social, étnica e cultural.

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes x Brasil**, 2006. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em 01.12.2013.

⁶ Idem. **Caso Escher e outros x Brasil**, 2009. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em 01.12.2013.

⁷ Idem. **Caso Garibaldi x Brasil**, 2009. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em 01.12.2013.

⁸ Idem. **Caso Gomes Lund x Brasil**, 2010. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso: 1 dez. 2013.

⁹ Idem. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil**, 2016. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso: 20 abril 2018.

¹⁰ Idem. **Caso Favela Nova Brasília x Brasil**, 2017. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso: 20 abril 2018.

Notadamente, identifica-se na obra de Cappelletti e Garth um importante marco conceitual e metodológico para a abordagem do problema, ao situá-lo desde uma perspectiva da sociologia do direito, preocupada com a criação de condições jurídicas e institucionais para o acesso substancial ao sistema de justiça, atentando-se para as condições de disparidade entre os litigantes, e preocupada, portanto, com a análise de um sistema de justiça inserido na realidade social. Como afirmam os autores¹¹:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

7

Desse modo, Cappelletti & Garth trabalham o panorama do que chamam de novo enfoque para uma abordagem metodológica do problema do acesso à justiça, que constitui na “atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹². Tal panorama apresenta de modo pioneiro as ferramentas analítico-metodológicas que viriam a se diversificar no estudo do acesso à justiça.

No que tange aos modelos institucionais, observam-se no Brasil estudos sobre os desenhos de instituições públicas orientados para o acesso à justiça, como os juizados especiais e as defensorias públicas, aliado a mecanismos de assistência judiciária gratuita e advocacia *pro bono*, além dos programas de advocacia de interesse público, que segundo Cappelletti¹³ produziram experiências positivas nos Estados Unidos.

No Brasil, ainda que passíveis de melhoramento e, sobretudo, fortalecimento institucional no interior do sistema de justiça, a defensoria pública e os juizados especiais são experiências positivamente reputadas. No dizer de Santos¹⁴:

Os juizados especiais têm sido reconhecidos como solução das contendas e de aproximação da decisão judicial dos cidadãos,

¹¹ Op. Cit., 1988, p. 8.

¹² Idem, ibidem, p. 68.

¹³ Ibidem, p. 56.

¹⁴ Op. cit., 2011, p. 75.

permitindo a conciliação, a transação, a desistência de recursos e extinguindo o reexame necessário.

Aliado à perspectiva institucional, observa-se um estudo reiterado com o foco nas partes litigantes, chave analítica que visa a identificar quem são os usuários frequentes ou habituais da justiça, seja em termos de classes sociais, seja em termos institucionais públicos e privados, identificando-se, ainda, quais os setores usualmente se vinculam a determinadas classes processuais. Na esteira desta análise, a título de aprofundamento devem ser estudados os chamados “padrões de enfrentamento judiciais frequentes”, identificando quais os sujeitos sociais e institucionais que habitualmente se enfrentam em determinados tipos de ações judiciais, e qual a taxa de êxito entre eles.

Estas são abordagens importantes que visam a identificar gargalos sócio-econômicos no acesso à justiça, na medida em que se observe, por exemplo, um enfrentamento frequente entre beneficiárias da assistência judicial gratuita, de um lado, e os chamados litigantes habituais, de outro, em especial empresas prestadoras de serviços e, sobretudo, o Estado, que constitui, conforme estudos do Conselho Nacional de Justiça¹⁵, o litigante mais habitual e frequente do Brasil, a tal ponto de Joaquim Falcão afirmar que a litigância pública constitui, na verdade, um uso patológico da justiça pelo poder executivo¹⁶.

Desse modo, o estudo dos litigantes habituais, como chave analítica e legado da sociologia da justiça, tende a indicar resultados relevantes para abordagens sobre o acesso à justiça, como a sugestão que vai de encontro ao senso comum, ao identificar que a explosão de litigiosidade no Brasil talvez não represente, desde uma relação diretamente proporcional, uma respectiva explosão de acesso à justiça, na medida em que se verifique que, na realidade, é o uso frequente, habitual e reiterado dos serviços judiciais por determinados setores empresariais e instituições públicas, que respondem pela taxa de litígio responsável pelo congestionamento, e portanto, pela morosidade judicial.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 maiores litigantes**. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso: 1 dez. 2013.

¹⁶ FALCÃO, Joaquim. **Uma reforma muito além do Judiciário**. Revista Interesse Nacional, São Paulo, ano 1. ed. 1, p. 56-64, abr-jun, 2008, p. 60.

Por outro lado, isto sequer nega o fato de que a ampliação do rol dos direitos fundamentais no seio constitucional, aliado ao fortalecimento de instrumentos de justiciabilidade, tenha gerado expectativa convertida em efetiva judicialização de direitos fundamentais. Como apontamos com José Geraldo de Sousa Júnior¹⁷, a análise acerca da expansão do protagonismo judicial no Brasil, uma análise das classes processuais frequentemente manejadas em meio ao cenário de litígios indica que, na linha da litigância habitual, é de ações judiciais de baixa intensidade política, ou poderíamos aqui dizer, de baixa fundamentalidade, que se ocupa o judiciário brasileiro em sua rotina habitual de morosidade sistêmica¹⁸.

2. Segunda abordagem: o programa constitucional do acesso à justiça

Aliado à abordagem jurídico-social do acesso à justiça, compreende-se, e isto já se observa na obra de Cappelletti, a necessidade em se mirar a análise para a dimensão normativa do problema posto na realidade social. Neste sentido, sem ignorar que os estudos sobre o tema usualmente ocupam-se das normas de cunho eminentemente jurídico-processual, propõe-se aqui, de modo alternativo, uma busca para identificar um pretense programa normativo do acesso à justiça inscrito na Constituição brasileira, em sua perspectiva de Constituição dirigente. Neste sentido, ensina José Afonso da Silva:

Busca-se, formular uma concepção estrutural de constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos e membros que se entrelaçam num todo unitário (SILVA, 2012, p. 39).

No modelo constitucional dirigente, fruto histórico do constitucionalismo do pós-guerra, a Constituição é concebida a partir de um princípio dirigente da unidade teleológico-normativa, traduzida em programa constitucional. Este programa inspira todo

¹⁷ ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

¹⁸ Santos, op. cit., 2011, p. 43.

o texto constitucional, atuando já em sua estrutura, sendo representante do mecanismo através do qual o Estado e a sociedade irão atingir seus objetivos fundamentais.

Em uma constituição dirigente, o legislador constituinte opta por inserir no texto constitucional um programa a ser implementado no tempo. Desse modo, avalia a importância de já incluir ali preceitos e normas com um sentido não apenas de garantia do existente, mas também de objetivos futuros. Admite uma dimensão política em coordenação com a social, e projeta tarefas políticas que não raro identificam a necessidade constitucional de se transformar as estruturas existentes. Como afirma Gilberto Bercovici: “a Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade. Neste sentido, a Constituição de 1988 é, claramente, uma Constituição Dirigente”¹⁹.

No mesmo sentido aponta Eros Grau:

Que a nossa Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade (GRAUS, 1997, p. 195).

Tomada esta compreensão acerca da condição dirigente da Constituição brasileira de 1988, cumpre, para os fins aqui propostos, identificar as normas que poderiam ser indicadas desde uma perspectiva de um programa constitucional do acesso à justiça, ali inserido com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária. Este programa de que se cogita, por seu turno, emana não de uma norma em-si, ou de um artigo isolado, pois que está inscrito no texto constitucional enquanto sistema; na concepção dirigente que inspira a Constituição Cidadã como um todo.

No que diz respeito a este específico programa constitucional de acesso à justiça, são identificadas duas dimensões características: de um lado, uma ordem de dispositivos de caráter judicial e processual, aliado, de outro lado, a um conjunto de dispositivos que desenham uma cadeia institucional orientada para o acesso à justiça.

Em relação àquela primeira dimensão, poder-se-ia identificar o que seria denominada de garantias constitucionais do processo, notadamente descritas no rol de direitos e garantias fundamentais trazidos no artigo 5º da Constituição de 1988, com

¹⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

especial atenção para seus incisos XXXIV e LXXIV (direito de petição e assistência judiciária gratuita), XXXV (inafastabilidade da jurisdição), XXXVII a LXVII (garantias em face do processo criminal), LXVIII a LXXIII (writs constitucionais), LV e LXXVIII (contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo), sem prejuízo de outras disposições distribuídas pela estrutura constitucional.

Neste sentido, comporia esta dimensão constitucional do acesso à justiça uma espécie de programa da proteção judicial efetiva, forjado, grosso modo, pelos princípios da presunção da inocência, do duplo grau de jurisdição, duração razoável e publicidade do processo. Por seu turno, tal proteção e respectivos princípios são materializados no *habeas corpus*, no mandado de segurança, mandado de injunção e no *habeas data*, compreendidos com instrumentos processuais que garantem proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito.

Na esteira, há que se considerar os consagrados direito à ampla defesa e ao contraditório (na esfera judicial e administrativa), o direito de petição, o direito ao juiz natural e proibição de tribunais de exceção, as garantias constitucionais quanto à definição do crime, à pena e sua execução, o princípio da responsabilidade pessoal e responsabilidade patrimonial do agente e dos sucessores, o princípio da não-extradição de brasileiro e estrangeiro por crime político ou de opinião, o princípio da presunção de não-culpabilidade, e, finalmente, a garantia do devido processo legal.

De modo complementar, na trilha daquelas intuições metodológicas jurídico-sociais, e da compreensão do acesso à justiça desde uma perspectiva de mediação institucional da solução de conflitos, é possível identificar no bojo constitucional um outro conjunto de normas que, de modo integrado a este programa de proteção jurídico-processual, desde uma perspectiva de unicidade dirigente, vem apresentar uma rede institucional imbricada no fortalecimento do acesso à justiça.

Neste sentido, observa-se, como referido acima, a festejada constitucionalização dos Juizados Especiais Estaduais e Federais, das Defensorias Públicas do Estados e da União. Desde uma perspectiva de desenhos institucionais inovadores e tendentes a produzir um resultado de aproximação com os cidadãos colocados à margem dos centros urbanos, foi prevista também a justiça itinerante no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, sendo que a estes foi conferida, ainda, a prerrogativa para a “criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias” (art. 126).

Desde uma perspectiva das funções essenciais à justiça, e portanto ao seu respectivo potencial de acesso, observa-se ainda uma ampliação qualitativa da competência e das funções do Ministério Público, agora incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127) Se à época da promulgação da Constituição tal transformação institucional foi celebrada, na década seguinte o modo tendencialmente tutelar assumido pela atuação de seus agentes não escapou à crítica, como apontamos em ocasião recente²⁰.

Em relação à advocacia, em especial a denominada advocacia popular²¹, por seu turno, é reconhecida a sua indispensabilidade para a administração (art. 133) – e diríamos para o acesso – à justiça, entendendo-a como o guardião do direito de defesa, elemento fundamental do Estado Democrático de Direito. À defensoria pública, por seu turno, é conferida a função constitucional de orientação jurídica e a defesa dos necessitados, motivo pelo qual constitui a instituição mais direta e recorrentemente identificada, no Brasil, com uma agenda institucional de acesso à justiça para indivíduos marginalizados.

Por fim, há que se observar a expansão institucional operada no âmbito do programa constitucional de acesso à justiça, na medida em que o §4º do art. 5º vem determinar que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, o que deve ser interpretado, ainda, à luz do §3º do art. 5º, que determina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com o rito legislativo das emendas constitucionais, a elas serão equivalentes.

Desse modo, o Brasil acaba por realizar uma expansão normativa e institucional do programa constitucional de acesso à justiça, o que se verifica de suma importância, em vista das condenações que o Estado brasileiro já sofreu na seara da jurisdição internacional de direitos humanos, abrindo caminho para a terceira e derradeira abordagem sobre o acesso à justiça, aqui proposta.

3. Terceira abordagem: a noção de acesso à justiça nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil

²⁰ ESCRIVÃO FILHO, Antonio. **Porteiro ou guardião: o STF na agenda política das organizações de direitos humanos no Brasil**. Revista FES (Fundação Friedrich-Ebert-Stiftung), no prelo.

²¹ Cf. a propósito da temática da advocacia popular no Brasil: ESCRIVÃO FILHO, Antonio; GEDIEL, Antonio Perez et all. **Mapa territorial, temático e instrumental da assessoria jurídica e advocacia popular no Brasil**. Observatório da Justiça Brasileira. Belo Horizonte: CES/AL-UFMG, 2012.

Na linha da previsão constitucional de expansão normativa e institucional do acesso à justiça, nos termos da adesão a convenções e tratados internacionais de direitos humanos, será abordado aqui, por fim, em que medida as condenações que o Brasil sofreu na Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm contribuir com inovações semânticas e normativas para o acesso à justiça em nosso país.

Inicialmente, cumpre salientar que o direito de acesso à justiça, traduzido na terminologia de “garantias judiciais” e “proteção judicial” (arts 8.1 e 25.1, respectivamente, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992), foi o único direito previsto na Convenção que aparece como reiteradamente violado nas seis condenações daquela Corte contra o Brasil.

Neste sentido, dispõem os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Artigo 8.1:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

Artigo 25.1:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

No caso *Ximenes Lopes x Brasil*, primeira condenação brasileira na Corte IDH, os juízes entenderam que o Estado brasileiro violou os direitos de acesso à justiça dos familiares de Damião Ximenes Lopes, quando buscavam apurar, nos órgãos de justiça e segurança pública, a causa e as circunstâncias da sua morte em uma casa de internação psiquiátrica no estado do Ceará. No parágrafo 171 da decisão, a Corte assevera os elementos que inspiram uma hermenêutica do acesso à justiça no âmbito da sua jurisdição:

171. O Tribunal deve determinar se os procedimentos foram desenvolvidos com respeito às garantias judiciais, em um prazo razoável, e se ofereceram um recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares²².

Observa-se, neste sentido, que a noção de acesso à justiça aplicada ao caso diz respeito, de uma forma integrada, às variáveis condizentes *i*) ao respeito às garantias judiciais do devido processo legal; *ii*) à duração razoável do processo; *iii*) à existência de um recurso judicial efetivo; *iv*) ao conhecimento da verdade (dos fatos); *v*) à reparação. Aliado a estes elementos objetivos, a Corte ainda afirmou no parágrafo 192 da decisão que “não basta a existência formal dos recursos, mas é necessário que eles sejam efetivos, ou seja, devem ser capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção”.

Outro trecho que aponta o caminho hermenêutico percorrido pela Corte para firmar o entendimento acerca do direito de acesso à justiça, é expresso no parágrafo que segue:

196. Para examinar se neste processo o prazo foi razoável, nos termos do artigo 8.1 da Convenção, a Corte levará em consideração três elementos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.

Ao analisar os elementos da referida decisão no que diz respeito à violação do direito de acesso à justiça dos familiares de Damião Ximenes, o que a Corte verifica é um estado de negação de acesso à justiça que, por seu turno, em casos de violação de direitos humanos acabam por se revestir de um intenso elemento de impunidade para os perpetradores das violações. No caso em análise, assim conclui o Tribunal:

206. A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das consequências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à

²² CIDH, op. cit., 2006, p. 62.

proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda²³.

Em termos de expansão hermenêutica da noção de acesso à justiça no Brasil, vale a menção ao seguinte parágrafo da decisão, onde à compreensão de acesso à justiça são aliados elementos de justiça de transição²⁴, como o conhecimento da verdade sobre o ocorrido, desde uma perspectiva de não repetição do padrão de violação institucional de direitos humanos.

15

245. Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro²⁵.

Por constituir a primeira condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sentença do caso *Ximenes Lopes x Brasil* é considerada aqui emblemática para fins dos estudos sobre a noção hermenêutica do direito de acesso à justiça.

Na segunda condenação do Brasil em face daquele Tribunal Internacional, no caso *Escher e outros x Brasil*, que versa sobre interceptações telefônicas ilegais envolvendo dirigentes de uma cooperativa agrícola ligada ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e divulgação do respectivo teor pela mídia, verifica-se no parágrafo 209 que “[...] a Corte considera que o Estado descumpriu seu dever de motivar a decisão quanto à responsabilidade administrativa da interceptação e a gravação da conversa telefônica”²⁶. Desse modo, a Corte declarou que:

²³ CIDH, op. cit., 2006, p. 68.

²⁴ Cf. a respeito do conceito de justiça de transição: TEITEL, Ruti. *Transitional justice genealogy*. **Harvard human rights journal**, v.16, 2003. p. 69-94. E para o caso brasileiro: ESCRIVÃO FILHO, Antonio; ANTUNES, Fernando. **Justiça e segurança pública desde uma perspectiva de transição**. In: EJJL. Joaçaba, v. 18, n. 2, p. 491-508, maio/ago. 2017.

²⁵ CIDH, op. cit., 2006, p. 80.

²⁶ CIDH, op. cit., 2009-A, p. 62.

[...] o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial reconhecidos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores [vítimas/...], a respeito da ação penal seguida contra o ex-secretário de segurança, nos termos dos parágrafos 200 a 204 da presente sentença; da falta de investigação dos responsáveis pela primeira divulgação das conversas telefônicas, nos termos do parágrafo 205 da presente Sentença; e da falta de motivação da decisão em sede administrativa relativa à conduta funcional da juíza que autorizou a interceptação telefônica, nos termos dos parágrafos 207 a 209 da presente Sentença²⁷.

Verifica-se, portanto, que no Caso Escher a Corte condenou o Brasil pelo descumprimento do devido processo legal por parte de magistrada no exercício de suas funções, o que, ressalte-se, não teve o respectivo respaldo do órgão correicional no âmbito do Tribunal competente em nível nacional.

No caso do assassinato do camponês sem terra Sétimo Garibaldi, ocorrido em um despejo realizado por milícia privada, no Estado do Paraná, por seu turno,

140. A Corte conclui que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência no Inquérito da morte de Sétimo Garibaldi, o qual, ademais, excedeu um prazo razoável. Por isso, o Estado violou os direitos às garantias e à proteção judiciais previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de [familiares]²⁸.

No sentido da semântica de não repetição e cultura de direitos humanos característica daquela Corte Internacional, o órgão jurisdicional assevera:

141. A Corte não pode deixar de expressar sua preocupação pelas graves falhas e demoras no inquérito do presente caso, que afetaram vítimas que pertencem a um grupo considerado vulnerável. Como já foi manifestado reiteradamente por este Tribunal, a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos²⁹.

Como se observa, uma vez mais a Corte relaciona uma violação de triplo efeito: a violação do direito de acesso à justiça, a impunidade no âmbito do caso concreto, e a consequente alimentação da violência no âmbito local e institucional.

²⁷ CIDH, op. cit., 2009-A, p. 75.

²⁸ CIDH, op. cit., 2009-B, p. 40.

²⁹ CIDH, op. cit., 2009-B, p. 40.

Já o caso *Gomes Lund e outros x Brasil* constitui talvez mais polêmica condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista tratar-se da temática dos mortos e desaparecidos durante o período da ditadura militar no Brasil. Aliado a isso, notadamente ganhou relevância a decisão da Corte IDH na medida em que foi precedida da decisão do STF proferida no âmbito da ADF 153, que veio a declarar a constitucionalidade da Lei de Anistia, datada de 1979 e inserida, portanto, no período do regime totalitário.

Nestes termos, todo o caso é permeado pela hermenêutica inspirada nos conceitos da Justiça de Transição, visando, portanto, elementos de reparação, restituição da memória e verdade, reformas institucionais e justiça em relação aos perpetradores das violações, conforme composição conceitual clássica de Ruti Teitel³⁰.

Neste sentido, a Corte conclui:

180. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, supra par. 171 a 175), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. Adicionalmente, o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como da falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento dos seguintes familiares das vítimas [...]³¹.

Verifica-se, assim, que no caso *Gomes Lund* o Brasil é condenado, dentre outros elementos, por não adequar o seu ordenamento jurídico à Convenção Americana de Direitos Humanos no que diz respeito estrito às normas referidas ao direito de acesso à justiça, isto em função dos dispositivos da Lei de Anistia (1979) que caracterizam a chamada auto-anistia, configurada ao se observam que a referida, promulgada em pleno regime militar, confere anistia aos próprios militares, o que constitui uma violação à justiça de transição, em entendimento já consolidado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aliado a isso, o Brasil foi condenado pela falta de

³⁰ TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. In: **Harvard human rights journal**. Vol. 16, 2003. p. 69-94.

³¹ CIDH, op. cit., 2010, p. 66.

investigação e julgamento dos fatos, e punição dos responsáveis. Adiante, verifica-se ainda mais uma conclusão relacionada à violação do direito de acesso à justiça:

201. A Corte reconheceu que o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade está compreendido no direito de acesso à justiça. [...] De igual modo, no presente caso, o direito a conhecer a verdade se relaciona com a Ação Ordinária interposta pelos familiares, a qual se vincula com o acesso à justiça e com o direito a buscar e receber informação previsto no artigo 13 da Convenção Americana³².

Já a condenação do Brasil no *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* se apresenta como a penúltima e emblemática condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez se tratar de uma denúncia de trabalho escravo. Na ocasião, a Corte estabeleceu que o acesso à justiça pressupõe a análise do mérito da demanda colocada à apreciação do juízo, de modo que um caso de elevada intensidade normativa, ligado a direitos fundamentais de liberdade, não poderia ser encerrado, em todas as suas diversas proposituras, fundado apenas em decisões processuais, o que, a bem da verdade, constitui uma sedimentada praxe judicial no país.

404. Por todo o anterior, a Corte adverte que nenhum dos procedimentos a respeito dos quais recebeu informação determinou qualquer tipo de responsabilidade em relação às condutas denunciadas, de maneira que não constituíram meios para obter a reparação de dano às vítimas, pois em nenhum dos processos foi realizado um estudo de mérito de cada questão proposta.

405. Esta situação se traduziu em uma denegação de justiça em prejuízo das vítimas, pois não foi possível garantir-lhes, material e juridicamente, a proteção judicial no presente caso. O Estado não ofereceu às vítimas um recurso efetivo através das autoridades competentes, que protegesse os seus direitos humanos contra atos que os violaram³³.

Por fim, na última condenação do Brasil em face daquela Corte Internacional de Direitos Humanos observa-se a expansão semântica da responsabilidade estatal, ao associar o direito de acesso à justiça à retroalimentação da violência, pela via da impunidade. É o que se observa do parágrafo 181 da sentença no *Caso da Favela Nova Brasília x Brasil*:

³² CIDH, op. cit., 2010, p. 77 e 80.

³³ CIDH, op. cit., 2016, p. 102.

181. A Corte lembra que a falta de diligência tem como consequência que, conforme o tempo vá transcorrendo, se prejudique indevidamente a possibilidade de obter e apresentar provas pertinentes que permitam esclarecer os fatos e determinar as responsabilidades 209 respectivas, com o que o Estado contribui para a impunidade³⁴.

Considerações finais

À guisa de conclusão, aponta-se que o estudo do acesso à justiça é tema de relevância e atualidade jurídica e social, situado no ambiente epistemológico do direito, da ciência política e sociologia, ganhando ainda maior relevância no cenário de expansão do protagonismo político das funções judiciais, em vista da consequente tendência à judicialização dos conflitos referidos aos direitos e bens fundamentais, e notadamente dos direitos sociais, inclusive no âmbito do Sistema Internacional de Direitos Humanos.

Na que tange à perspectiva metodológica, o estudo do acesso à justiça deve ser compreendido desde um programa normativo de abrangência constitucional e internacional, mas demanda, ainda, o manejo de referenciais categorias analíticas que se situam para além do horizonte normativo do direito, reivindicando, assim, instrumentais aptos à compreensão da justiça enquanto sistema de mediação institucional de conflitos inseridos e fundados em problemas políticos, econômicos, sociais e culturais.

Em relação ao programa constitucional do acesso à justiça, inserido no âmbito e ideologia da Constituição dirigente, verifica-se a existência coordenada de dois conjuntos normativos complementares, um identificado desde uma perspectiva de garantias processuais, aliado a outro conjunto normativo constitutivo de uma rede de instituições orientadas para o acesso à justiça. Ressalte-se, neste ponto, a existência de uma espécie de cláusula de expansão normativa e institucional, identificada na incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, e os respectivos Tribunais e eles vinculados, na medida da adesão do Estado brasileiro à sua jurisdição.

Por fim, foi possível verificar um padrão reiterado porém de caráter variado de condenação do Brasil no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em função da violação dos direitos de acesso à justiça das vítimas ou de seus familiares. Neste

³⁴ CIDH, op. cit., 2017, p. 46.

sentido, verifica-se uma variação nos elementos constitutivos das violações ligadas ao acesso à justiça, referidas a: *i*) busca da verdade dos fatos; e *ii*) julgamento dos responsáveis; *iii*) duração razoável do processo; *iv*) devido processo legal; *v*) não incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento pátrio; *vi*) acesso à informação; *vii*) apreciação do mérito da demanda judicial.

De um lado, observa-se nas considerações e conclusões da Corte um acoplamento semântico da violação dos direitos de acesso à justiça a um duplo efeito de impunidade, e uma orientação para medidas de não repetição. De outro lado, verifica-se que o Brasil foi condenado no âmbito internacional por violação a direitos consagrados em seu programa constitucional, o que faz emergir outra dimensão semântica observada na hermenêutica de acesso à justiça da Corte, identificada pela estreita relação entre as previsões normativas, e a efetividade do direito de acesso à justiça nos Estados-membros da Convenção.

Em outras palavras, enfim, da relação entre o programa normativo do acesso à justiça expressado na Constituição e as condenações do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, extrai-se que as garantias constitucionais de acesso à justiça são usual e reiteradamente violadas pelas próprias instituições de justiça no Brasil, chamando a atenção, enfim, para uma agenda de *accountability* com o vetor de participação e controle social orientados para o sistema de justiça brasileiro.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Os 100 maiores litigantes. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso: 1 dez. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. [1978] Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes x Brasil**, 2006. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 1 dez. 2013.

_____. **Caso Escher e outros x Brasil**, 2009-A. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 1 dez. 2013.

_____. **Caso Garibaldi x Brasil**, 2009-B. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 1 dez. 2013.

_____. **Caso Gomes Lund e outros x Brasil**, 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 1 dez. 2013.

_____. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde x Brasil**, 2016. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 20 abril 2018.

_____. **Caso Favela Nova Brasília x Brasil**, 2017. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 20 abril 2018.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio. Porteiro ou guardião: o STF na agenda política das organizações de direitos humanos no Brasil. **Revista FES** (Fundação Friedrich-Ebert-Stiftung), no prelo.

_____. ANTUNES, Fernando. Justiça e segurança pública desde uma perspectiva de transição. In: **EJLL**. Joaçaba, v. 18, n. 2, p. 491-508, maio/ago. 2017.

_____. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

_____. GEDIEL, Antonio Perez et all. **Mapa territorial, temático e instrumental da assessoria jurídica e advocacia popular no Brasil**. Observatório da Justiça Brasileira. Belo Horizonte: CES/AL-UFGM, 2012.

FALCÃO, Joaquim. Uma reforma muito além do Judiciário. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1. ed. 1, p. 56-64, abr-jun, 2008.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, Boaventura. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. **Harvard human rights journal**, v.16, 2003. p. 69-94.

DEMOCRACIA – UM CONCEITO HISTÓRICO E A HISTÓRIA DO CONCEITO

Augusto César Leite de Carvalho

Professor assistente da Universidade Federal de Sergipe (licenciado) e do Centro Universitário IESB – Instituto de Ensino Superior de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha, com revalidação no Brasil pela Universidade Federal de Pernambuco. É Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

22

Sumário: 1 - O conceito histórico de democracia. 2 - A democracia nas cidades gregas. 3 - As propostas iluminista e conservadora. 4 - A democracia social. 5 - A concepção formal de democracia. 6 - A democracia substancial em meio à diversidade cultural. 7 - À guisa de conclusão.

1 O conceito histórico de democracia

O conceito de democracia apresentou variado matiz desde quando proposto, sendo certo que para os filósofos atenienses significou, num certo momento, a forma corrompida do *governo de muitos*, assim a concebendo, por exemplo, Aristóteles³⁵. Essa acepção negativa resistiu por algumas centúrias, tendo o historiador Políbio, no século II a. C., optado por denominar “democracia” a forma boa de governo popular, reservando o termo “oclocracia” (*oclos* significa multidão, plebe, aqui com conotação pejorativa) para designar a sua forma degenerada (BOBBIO, 1997, p.56).

Mas essa mudança não ocorreu apenas no campo terminológico. Parece, inclusive, que seria de menor relevância o fato de a palavra ter, ainda na antiguidade clássica, obtido o significado inverso ou contrário, se não tivesse havido mudança também de conteúdo. Basta lembrar, numa síntese meramente enunciativa do que se pretende demonstrar, que, enquanto Aristóteles referia a forma boa de governo popular (que denominava *politia*) como aquela que porventura consultasse o interesse ou utilidade comum (*idem, ibid*), à democracia social alemã ocorreu de propugnar um governo

³⁵ Cf. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 56.

baseado num estatuto de ética e justiça elaborado por todas as pessoas de boa vontade³⁶. Já as teorias políticas mais recentes oscilam entre um modelo de democracia que comporta um conteúdo moral condizente com os avanços da causa humanitária ou se propõe para a democracia, o mais das vezes, um significado apenas formal (a *democracia procedural*).

Essa sua expressão formal, que tem livre curso no Estado liberal, permite que se tenha por democrática qualquer decisão política que observe, na sua formulação, as *regras do jogo* (eleição direta para membros do órgão político máximo, com função legislativa; voto igual e universal; regra da maioria, sem limitação aos direitos das minorias etc), ou seja, segundo Bobbio, procedimentos que “estabelecem como se deve chegar à decisão política e não o que decidir. Do ponto de vista do que decidir, o conjunto de regras do jogo democrático não estabelece nada, salvo a exclusão das decisões que de qualquer modo contribuiriam para tornar vãs uma ou mais regras do jogo”³⁷.

Como se pode observar, o termo *democracia* nem sempre é utilizado para expressar um modo de governar que guarde compromisso com a igualdade material, o bem comum ou o interesse social. Assim ocorre porque é termo que não tem suportado aceção única, mas sim um conceito histórico, tal a sua relação com as mutações por que passou a forma de governo popular, traduzindo essa polissemia, enfim, as várias perspectivas da filosofia política.

Não raro, quando se atribui às formas de governo um uso prescritivo, distinguindo as constituições boas e as más, pretende-se correlacionar, num primeiro momento, a influência do liberalismo na ciência política e a concepção apenas formal de democracia³⁸, para rematar que aquela (influência) e esta (concepção) servem, em última

³⁶ Cf. George Cole, *Socialismo*, p. 80.

³⁷ Norberto Bobbio, *Dicionário de Política*, p. 327. Em *O Futuro da Democracia* (p. 18/20), Bobbio propõe uma vez mais, uma definição mínima de democracia, assim entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático e caracterizada “por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”. Mas, no mesmo texto, sustenta a interdependência entre estado liberal e estado democrático, sendo aquele o pressuposto não só histórico, mas também jurídico deste (v. Alain Touraine, *O que é a Democracia?*, p. 19).

³⁸ Já está dito que o conceito formal de democracia se exaure no respeito às regras do jogo, simplesmente, o que implica a concessão de liberdade, inclusive política, sem o pressuposto da igualdade, como adiante será evidenciado, ao se retomar o tema.

análise, à razão de Estado e renegam a prevalência do direito natural, como fonte de direito político.

Não há como historiar à exaustão, porém, o conceito de democracia, em trabalho monográfico que, por sua natureza, requer concisão e síntese. Por conseguinte, o que se pretende é identificar o sentido que lhe é emprestado em quatro momentos da história política, quais sejam: a democracia helênica, o entrelaço das propostas conservadora e progressista que preponderaram no século XVIII a propósito da democracia, a democracia social surgida na Alemanha ao fim do século XIX e, por fim, a forma de governo que, sacudida inclementemente pelos ventos do neoliberalismo, tem-se por democrática nos dias atuais.

Por óbvio, não terão abordagem mais detida, nessa introdução histórica, períodos em que o Estado tem concepção negativa, a exemplo da era medieval – quando cabia à Igreja, e não ao Estado repressor, prover a salvação do homem³⁹ –, ou doutrinas como a marxista, em que o Estado é o instrumento de força da classe dominante (ditadura da burguesia ou, após a catarse, a ditadura do proletariado), mas tende à dissolução, diluindo-se a burocracia⁴⁰ com o desaparecimento da sociedade de classes⁴¹.

2. A democracia nas cidades gregas

Em ensaio sobre o *democratismo*, Richard Wollheim, professor de Filosofia da Mente e Lógica na Universidade de Londres, salienta que aos gregos antigos são, com mérito, atribuídos os primeiros exemplos de democracia na teoria e na prática, e também

³⁹ Cf. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 78.

⁴⁰ Segundo Pier Paolo Girglioli, in *Dicionário de Política*, p. 124, a acepção que o termo *burocracia* tem para os seguidores de Marx é negativa (diferente da concepção weberiana) e, nessa medida, “os conceitos de Burocracia, burocratismo e burocratização são especialmente usados para indicar a progressiva rigidez do aparelho do partido e do Estado em prejuízo das exigências da democracia de base”.

⁴¹ Anota George Cole (*op. cit.*, p. 80) que por “democracia” Marx entendia o proletariado, e ninguém mais. “Presumiu que o proletariado significava a maioria; mas não pensava em termos de maiorias e minorias, mas de *classes* lutando pelo poder. Em um sistema parlamentar, no entanto, o que conta é o voto do eleitor individual, qualquer que seja a classe a que pertença”.

a própria palavra. Mas, mesmo quando trata sobre a democracia como forma não corrompida de governo popular, é implacável o professor londrino:

Devemos recordar, no entanto, que no final de contas a antiguidade rejeitou a democracia. Como forma de governo, não teve continuidade permanente nem mesmo em Atenas, e no domínio da especulação, os mais famosos pensadores tanto da Grécia quanto de Roma – Platão e Aristóteles, Cícero e Sêneca – eram seus adversários. Uma consequência disso é que nosso conhecimento e compreensão do pensamento democrático clássico é necessariamente parcial e limitado; e algumas de suas mais elevadas expressões – tal como a Oração Fúnebre de Péricles – tiveram mais influência por causa de sucessivas falsas interpretações do que em virtude daquilo que na verdade tratam (WOLLHEIM, 1998, p. 93).

É certo que, entre os filósofos clássicos, Aristóteles ganhou maior receptividade ao propor que haveria seis formas de governo, a saber: a *monarquia* (governo de um só), a *aristocracia* (governo de poucos) e a *politia* (governo de muitos), cujas formas corrompidas seriam a *tiranía*, a *oligarquia* e a *democracia*, respectivamente.

Assim teorizando, Aristóteles dissentiu de Platão, ao menos em dois pontos: *primeiro*, porque interessava a Aristóteles, na indicação da forma de governo, saber não somente *quem* governava, mas também *como* se governava, uma vez que apenas nas formas boas o governante atendia o *interesse comum*, enquanto para Platão a forma de governo degenerava quando quebrada a *unidade* do Estado⁴²; *segundo*, porque, para ambos, a monarquia era a melhor forma de governo, mas Aristóteles a distinguia da aristocracia e dizia ser a democracia “o desvio menos ruim: com efeito, pouco se afasta da forma de governo correspondente”⁴³. Para Platão, a constituição ideal era, por igual, a monárquica, mas esta compreendia a aristocracia (como uma sua variação⁴⁴) e o ciclo das

⁴² Cf. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 51. Platão, segundo Bobbio, sustentou que a degeneração da forma de governo ocorria quando da cisão em partidos, choque das facções e, por fim, a anarquia. Enquanto Aristóteles viria a propor, mais tarde, a valoração das formas de governo a partir, também, de um critério finalístico (a forma boa atendia o interesse comum; a forma má, o interesse pessoal do governante), Platão dizia ser corrompida a forma de governo a que faltasse a força e o cumprimento da lei, numa reflexão política *ex parte principis*.

⁴³ Cf. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p. 58. Aristóteles referia-se à *politia*, forma boa da democracia, em 1160-b de *Política*.

⁴⁴ Cf. Platão, *A República*, p. 148: "A forma de governo que nós expusemos é uma delas, apesar de que seja possível designá-la por dois nomes. Pois, se entre os magistrados há um homem que se sobrepõe aos outros, chamamos esta forma de *monarquia*; se a autoridade é compartilhada por vários homens, chamamos de *aristocracia*". Platão o diz por meio de Sócrates, que remata assim, ao final do Livro IV da obra *A República*, o diálogo com Glauco: "Afirmo que se trata de uma única espécie de constituição.

formas de governo era descendente (visão pessimista), porquanto a fragmentação da estrutura social fizesse o Estado experimentar, sucessivamente, a timocracia⁴⁵, a oligarquia, a democracia e a tirania.

Tanto Platão quanto Aristóteles, porém, *pouco* diziam da democracia como agente ativo na sociedade, preferindo utilizar a palavra para identificar uma forma de governo, simplesmente. A obra aristotélica intitulada *Política* condensa a teoria clássica das formas de governo e refere a democracia como produto natural de uma forma específica de sociedade (Livro III, 1286-b). Não se pode olvidar, a esse propósito, que essa mesma doutrina e a de seus contemporâneos (salvam-se, antes destes, alguns sofistas) excluía escravos, estrangeiros e mulheres da vida política.

Na análise que faz da democracia ateniense, Wollheim observa que a prática da democracia estava ligada a certas instituições políticas⁴⁶ e que já se admitia, a rigor, que algumas funções do Estado, como o comando do exército, exigissem capacidades especiais e por isso não se coadunassem com o critério eletivo ou lotérico (escolha por sorteio) de investidura. É ainda mais enfático ao afirmar que, para os filósofos da antiguidade, a superioridade ou não das formas de governo era definida com base em critério essencialmente prático, qual seja, “a capacidade de proporcionar um governo racional e harmônico, sendo tanto a racionalidade quanto a harmonia concebidas como fenômenos empiricamente verificáveis”⁴⁷.

A superioridade da democracia derivaria, portanto e quando eventualmente sustentada essa superioridade, “na sabedoria mais segura de grande número de pessoas. Aqueles a quem a democracia confere o poder podem variar em inteligência e em boa

Pois, quer o mando esteja nas mãos de um só homem, quer nas de vários, isto não altera as leis fundamentais da cidade, se estiverem vigorando os princípios da educação e da instrução que nós descrevemos”.

⁴⁵ Cf. Norberto Bobbio, *A Teoria das Formas de Governo*, p.47. No Livro Oitavo de *A República*, 547 c e e - *timocracia* vem a ser a transição entre a constituição ideal (o reino) e as formas degeneradas, a exemplo do governo de Esparta, que era corrompido porque honrava mais os guerreiros que os sábios.

⁴⁶ Otanes, um dos três persas que, na discussão imaginada por Heródoto (*in História*, Livro III, §§ 80/2), divergiam sobre a melhor forma de governo - o texto é anterior à “República” de Platão e os dois outros personagens eram os persas Megabises e Dario -, refere-se “à seleção de funcionários por meio da sorte, ao escrutínio no fim do mandato e às decisões de orientação política por meio de uma assembléia popular”, Cf. Wollheim (*op. cit.*, p. 94).

⁴⁷ Richard Wollheim, *op. cit.*, p. 94.

vontade, mas coletivamente serão necessariamente superiores”⁴⁸. Essa premissa faz sombra à grande questão da filosofia grega: saber se o governo é, afinal, uma habilidade de peritos, como a medicina e a navegação, ou um assunto em que todos sejam igualmente competentes.

Platão abordou a questão na *República* quando confrontou o governo baseado na simples *Opinião*, que é propriedade de muitos, e o governo baseado na *Verdade*, que é prerrogativa de poucos, dizendo provar a superioridade deste último, o governo filosófico⁴⁹. Aristóteles, sem poupar a premissa – acima posta – que justificaria a prática democrática, sustentou-a mais como um argumento razoável e estabelecido do que como uma razão na qual pessoalmente acreditasse (“Política”, Livro III, 1281b). Há pouco espaço, portanto, para dizer da inferioridade da oclocracia⁵⁰, quando mesmo a forma boa do *governo de muitos*, a democracia, também não estava alçada a foro de eleição, a categoria preferencial.

Mas essa prospecção das formas de governo está nivelada, por ora, na antiguidade clássica e, por isso mesmo, não se podem desprezar, nesta, as proposições da sofística, corrente filosófica que precedeu a Sócrates e Platão, e teve os seus prosélitos retratados, com injusto desdém, por este último, como lembra Arnaldo Vasconcelos, dizendo secundar, nessa avaliação, dezenas de pensadores:

Ainda segundo Arnaldo Vasconcelos, o resgate da ideologia político-jurídica dos sofistas deve-se sobretudo à descoberta de que tal corrente de pensamento “representa o antecedente mais próximo da filosofia liberal dos tempos modernos. Depois da queda de Atenas, em 404 a. C., jamais houve, em toda a Antiguidade e no longo período da Idade Média, regime político que pudesse, sequer, aproximar-se da democracia iluminista de Péricles” (VASCONCELOS, 1998, p. 107).

⁴⁸ Cf. Wollheim, *op. cit.*, p. 94, que diz ter sido tal opinião sugerida por Otanes, na *Histórica* de Heródoto, e na *Oração Fúnebre* de Péricles.

⁴⁹ Novo trecho de *A República*, de Platão (*op. cit.*, p. 209, Sócrates com a palavra): "Premido pela verdade, declarei que não se devia esperar conhecer cidade, governo, nem homem algum perfeitos, a não ser que estes poucos filósofos, acusados não de perversos, porém de inúteis, fossem obrigados por uma feliz necessidade a se encarregarem do governo do Estado, ou que, por uma inspiração divina, os soberanos e seus filhos fossem tomados de um sincero amor pela verdadeira filosofia. Afirmando que não existe motivo algum para pretender que uma ou outra destas coisas, ou ambas, seja absurda".

⁵⁰ Há aqui o propósito de a desprezar a variação terminológica, mas, para que se entenda o sentido que se adota para o termo *oclocracia*, leia-se o primeiro parágrafo deste capítulo.

Quando se reporta à era de Péricles, o mestre cearense está referindo a época em que tiveram voz os sofistas da primeira geração (a velha sofística), como Protágoras, Górgias, Hippias e Pródico⁵¹. Entretanto, enfatiza que “a teoria sobre a origem contratual da sociedade, do Direito e do Estado, é comum à maioria dos sofistas”⁵², desde Protágoras⁵³, a quem se pode ter por precursor da gnosiologia (da sua prática) e precursor do humanismo, quando proclamou: “O homem é a medida de todas as coisas, das que são, enquanto são, e das que não são, enquanto não são”⁵⁴.

Mesmo quando mitigada essa visão humanista ou antropocêntrica, o que ressaltava entre os sofistas, a atestar o quanto é injusta a pecha de que eram especialistas da falsa argumentação – sugerida desde quando retratados por Platão – é que havia dentre esses filósofos pré-socráticos os que propunham um Direito fundado em bases justas, oriundas do direito natural. Exemplo disso é o fato de ter Alcídamente, inobstante fosse filósofo integrante da nova sofística e, portanto, posterior à era de Péricles, asseverado que “Deus fez todos os homens livres; a natureza não fez nenhum homem escravo”⁵⁵.

Nota Arnaldo Vasconcelos que essa sentença de Alcídamente atrai atenção especial, inclusive por buscar apoio em dois valores fundamentais do mundo antigo – a divindade e a natureza – e revela enfim como os sofistas, especialmente os da primeira geração, propunham a diferença, e a conseqüente oposição, entre direito natural e direito positivo, precipitando a percepção de que na norma se deve indagar sempre a instância da legitimidade. Para os objetivos deste trabalho, o remate de Arnaldo Vasconcelos é pertinente:

A atitude dos atenienses, ao invocarem o Direito contra a lei, evidencia o clima de liberdade da democracia ateniense sob Péricles. A História está cheia de exemplos de que toda teoria do Direito, que não se legitima mediante valores metafísicos, tende a servir, ou na realidade já serviu, a regimes

⁵¹ A *nova sofística* “serve ao regime dos Trinta Tiranos, desencaminhando a dialética para as disputas sutis e especiosas da erística, e na qual se podem contar Antifon, Trasímaco, Alcídamente, Licofron e Crítias”, cf. Arnaldo Vasconcelos, *op. cit.*, p. 89.

⁵² Arnaldo Vasconcelos, *op. cit.*, p. 89.

⁵³ Sócrates, segundo Platão e inobstante as restrições deste à sofística, teria considerado Protágoras “o mais sábio dos homens do nosso tempo”, Cf. Arnaldo Vasconcelos, *op. cit.*, p.90.

⁵⁴ Vide definição do *homo mensura* em Platão. Teeteto - 152a, in *Obras Completas*, pp. 901-957. Cf. Arnaldo Vasconcelos, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 97.

antidemocráticos, quer de direita ou de esquerda, sejam monistas ou pluralistas. A teoria do Direito Natural dos sofistas da primeira geração foi indubitavelmente democrática (VASCONCELOS, 1998, p. 107, Op. cit., p. 97).

O que se nota a toda evidência, pois, é que o conceito de democracia preconizado pelos antigos, notadamente pelos sofistas da primeira geração e, com menos vigor, por Aristóteles (despreze-se a imprecisão terminológica e se imagine a forma boa de governo popular), pressupunha uma forma de governo que não se conforma, hoje, à noção de democracia procedural. Isso resulta claro quando a velha sofística atribui ao escravo o direito natural de liberdade em detrimento da ordem jurídica constituída e, na doutrina aristotélica, quando se propõe o *interesse comum* como aquele que legitimava o governante e, bem fazendo ao equilíbrio social, impedia a ruptura, ou melhor, a degeneração da forma de governo.

3. As propostas iluministas e conservadora

Até onde é possível compreender a alusão, recorrente, que os teóricos fazem ao *conservadorismo*, parece razoável discernir que a sua melhor manifestação, a mais saliente expressão do movimento conservador, esteve viva no século XVIII e significou uma oposição veemente ao Iluminismo. Enquanto os iluministas tinham em Kant o seu teórico mais eloquente, os conservadores tinham à frente Edmund Burke, irlandês de Dublin, que viveu de 1729 a 1797.

Desde esse tempo, conservadores e progressistas divergiram num ponto que sempre foi, para estes últimos, essencial: a autonomia histórica do indivíduo, ou seja, a faculdade de o homem influenciar a vida social, modificando-a segundo os valores oriundos da razão.

Para o conservadorismo de Burke, conforme enuncia o seu crítico Russell Kirk, sobressaía, em vez disso, a crença de a providência divina reger a sociedade melhor que a consciência ou a razão, forjando um elo de direitos e deveres, de tal sorte que questões políticas seriam sempre, a rigor, questões religiosas e morais. Ainda segundo Kirk, o pensamento conservador apegava-se também à ideia de que a intensa variação e mistérios da vida não se compatibilizavam com a estreiteza da igualdade preconizada pelo sistema fundado na razão, bem assim à convicção de a sociedade civilizada exigir ordem e divisão em classes; de serem inseparáveis a propriedade privada e o direito de liberdade; de a

tradição e as regras nesta embasadas fornecerem controle contra a anarquia. Enfim, o conservadorismo setecentista reconhecia que a sociedade sofria mudanças, mas dizia serem as mudanças lentas a característica essencial do conservadorismo, à semelhança da constante, mas igualmente lenta, renovação do corpo humano⁵⁶.

Burke se opunha aos teóricos naturalistas quando eles sustentavam a preeminência da razão na condução da política e, nesse passo, investia contra o caráter universal da *metafísica dos costumes*, o que se pode notar, claramente, no momento em que argumenta serem “radicais todos os falsos direitos revelados pelos teóricos da razão; na mesma proporção em que eram racionalmente verdadeiros, eram moral e politicamente falsos”. Ainda para Burke, “os direitos do homem estavam a meio-caminho, porque insusceptíveis de definição, mas não de serem compreendidos”⁵⁷.

Burke não aceitava o radicalismo iluminista, mas compartilhava, conforme Tiziano Bonazzi, a orientação *progressista* no sentido de que “o homem se realiza na sociedade e que esta tem leis e exigências próprias, determinadas por técnicas independentes das usadas para conhecer os imperativos de ordem transcendente”. Afastando-se, contudo, do *progressismo*, apegava-se ao ideal de um universo moral estável, dando acento diverso ao valor do conhecimento científico e ao significado da progressiva desintegração da ordem hierárquica na sociedade. É o próprio Bonazzi quem explica:

Enquanto a tese radical fazia do homem uma criatura exclusivamente histórica e capaz de se amoldar, na vida prática, a níveis de conhecimento cada vez mais elevados e, correspondentemente, a formas sempre novas e mais frutíferas, porque racionais, de convivência social, a tese conservadora considerava a natureza humana não modificável pela prática, porquanto mergulhava suas raízes em uma realidade sobre-humana, a vontade divina, não podendo, por conseguinte, nem o conhecimento, nem a ação política serem totalmente liberativos (BONAZZI, p. 244).

Kant foi, por seu turno, o filósofo do racionalismo e isso restou evidenciado, por exemplo, na sua obra *Metafísica dos Costumes*, em que estudou as leis que regulam a conduta humana sob o enfoque da razão (não-empírica). A doutrina kantiana não descarta, na valoração do bom direito, a instância da justiça e, posicionando-se, diferencia a ação

⁵⁶In *The Conservative Mind*.

⁵⁷In *The Works*. New York: Georg Olms Verlag, vol. III/IV, 1975, p. 313.

não-jurídica da ação injusta, asseverando que contra esta se poderia opor apenas o tribunal da consciência (*forum poli*), nunca o tribunal comum (*forum soli*)⁵⁸. Como realça Bobbio (1997, p. 72), definir o direito justo implicaria distinguir o fim último do direito (a ordem, a igualdade ou a liberdade?).

É evidente, em Kant, a opção por conceber a justiça como liberdade, ou melhor, como liberdade compartilhada, como enfatiza na página 407 de sua já mencionada obra, *Metafísica dos Costumes*:

Se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado pode estar de acordo com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal, agiré de maneira injusta com relação a mim aquele que colocar obstáculos para mim, porque esse obstáculo (essa oposição) não pode subsistir com a liberdade, segundo as leis universais (KANT, p.407)

Mas a Kant só coube o atributo de progressista enquanto cotejada a sua concepção de Estado Liberal, fundado na razão e, portanto, na liberdade negativa⁵⁹, com o pensamento conservador de Burke, acima alinhavado. Quando se propõe o confronto entre a forma de governo recomendada por Kant e a atual noção de Estado democrático, logo se nota como pareceria desarrazoada, para os filólogos de hoje, qualquer associação entre o termo *progressista* e o filósofo do Iluminismo. Entretanto, essa primeira impressão não resistirá, por completo, a análise mais aprofundada.

Antes de Kant e por outro atalho, já havia Rousseau concebido a liberdade em sentido positivo, ou seja, a *liberdade no Estado* e não apenas *perante o Estado*. Rousseau expõe a necessidade de encontrar uma forma mais ampla de liberdade e, investindo como outros naturalistas na técnica do contrato social, concebe a soma das vontades livres ou, à sua expressão, a *vontade geral*. Assim em consonância com o mandato imperativo (o representante do povo manifesta, na assembleia, a vontade deste e não a própria vontade), que se coaduna, ainda hoje, com o sistema representativo que se tem por democrático. Na medida em que se propõe que essa passagem do estado natural para o estado civil implica uma atitude de despojamento em favor de toda a sociedade, assim se refere Rousseau no capítulo VI do *Contrato Social*:

⁵⁸ Vide *Metafísica dos Costumes*, p. 411.

⁵⁹ Quando se cogita de *liberdade negativa* ou *liberdade não-impedimento*, o Estado assegura o limite da liberdade individual, não intervindo senão quando extrapolado esse limite.

Cada um oferecendo-se a todos não se oferece a ninguém, e porque não existe membro algum sobre o qual não seja adquirido o mesmo direito que lhe é concedido acima de nós, ganha-se o equivalente de tudo aquilo que se perde, e mais a força para conservar o que se tem.

A ideia de que a vontade geral representa a soma das liberdades individuais, na formação do Estado, é ainda mais explícita no capítulo VIII: “o que o homem perde através do contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que causa desejo e que ele pode obter: o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui”.

Quando se pretende relacionar a vontade geral ou, no mesmo sentido, a soberania popular proposta por Rousseau com a democracia do período pós-absolutismo, não se está a sugerir que Kant teria retrocedido ao enfatizar a liberdade negativa, que é o signo do Estado de Direito liberal, mas apenas ressaltando que ele o fez sem prestigiar a liberdade política, inclusive porque propôs algumas restrições ao voto universal.

Prova disso é que, embora entendesse a vontade coletiva como a vontade de todos os cidadãos, nem todos os indivíduos, para Kant, podiam exercer essa cidadania. Para que a exercessem, precisavam revelar os atributos da liberdade (todos os cidadãos eram livres), igualdade (porque a concebia como igualdade formal, atribuía-a a todos) e independência (não o eram os trabalhadores assalariados, que executavam trabalho sob comando de outrem, mas apenas os artífices – trabalhadores autônomos).

É Bobbio⁶⁰, porém, quem explica, com base em trechos destacados da *Metafísica dos Costumes* e do tratado *Sobre a Paz Perpétua*, que Kant faz uso de dois critérios para enumerar as formas de governo, quais sejam: *quanto às pessoas que detêm o governo*, repetindo a trilogia aristotélica, as formas da autocracia, da aristocracia e da democracia; *quanto ao modo de governar*, a república e o despotismo (respectivamente, o exercício do poder nos limites da lei ou arbitrariamente). Nessa classificação, finda claro que a forma de governo preferida por Kant, a *república monárquica*, revela-se na conjunção de termos aparentemente antinômicos – mas que não o são, porque a república, para Kant, contrapõe-se ao despotismo e não à monarquia.

Quanto à democracia, Kant diz ser essa a forma de governo mais complicada e a que mais se aproxima do despotismo. Dessume-se, então e à primeira vista, que Kant

⁶⁰ Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 140.

era um liberal, mas não um democrata. Ao menos no modo como concebia o Estado democrático⁶¹.

Mas é preciso também explorar, como se fará adiante, o conceito liberal de democracia, que escapa à trilogia proposta por Kant. Impende, ainda, ressaltar que Kant não está, nessa medida, a dar conteúdo moral à democracia, quando a concebe apenas como o governo de muitos. Não há referência ao direito natural de liberdade no conceito kantiano de ação democrática, que assim se designa em razão do agente – e não de seu objeto.

Quando se verifica, porém, que o modo de governar remete, nas classificações sobrepostas, à distinção entre república ou despotismo, percebe-se que os componentes de uma concepção formal de democracia (democracia procedural) estão presentes na *república* de Kant, que é aquela em que se “aplica o princípio político da separação do poder executivo do poder legislativo”. Ao afirmar que o poder legislativo “pode caber somente à vontade coletiva do povo”, Kant remete à teoria democrática do Estado fundado no consenso⁶².

Não é oportuno, contudo, minudenciar a república imaginada por Kant se o propósito deste fragmento é contrapor o conceito liberal de democracia e a visão conservadora de governo. O assunto é esboçado apenas porque não se percebe que real distinção poderia haver entre a democracia proposta pela doutrina liberal e a forma republicana definida na obra kantiana. Não se pretende, por isso, voltar ao tema e, doravante, este trabalho concentrar-se-á somente na dicotomia liberalismo *versus* conservadorismo.

Atendo-se ao aspecto que aqui interessa (o conceito histórico de democracia e, por reflexo, da oclocracia), pode-se observar que a maior distância entre as linhas evolutivas das doutrinas conservadora e liberal já foi acima percorrida, tendo a ver com o fundamento diverso de que se serviam e servem: a tradição e a razão, respectivamente. Frise-se logo que essa distância é a maior, porque enorme é a sua medida.

Contudo, os teóricos se aproximam, involuntariamente, quando conservadores e liberais rejeitam uma pauta moral mínima que deva ser observada pelo governo. Veja-se,

⁶¹ Cf. Bobbio, *op. cit.*, p. 141. Bobbio se refere, na primeira parte, à *Metafísica dos Costumes*.

⁶² Cf. Norberto Bobbio, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, p. 141/2.

por exemplo, o seguinte trecho do ensaio *Conservadorismo*, lavrado por Michael Oakeshott, catedrático de Ciência Política na *London School of Economics*. Após enfatizar que “a disposição de ser conservador em matéria de governo se funda na crença de que quando o governo se apoia na aceitação das atividades e convicções correntes de seus súditos, a única forma adequada de governar é estabelecer e aplicar regras de conduta”, esclarece, com eloquência, o ensaísta:

O governo não se preocupa com pessoas concretas, mas com atividades, e apenas em relação à sua propensão de colidirem umas com as outras. Não se preocupa com o certo ou o errado em termos morais, pois não foi concebido para tornar os homens bons, ou mesmo melhores; não é indispensável devido à depravação natural da humanidade, mas simplesmente devido à disposição atual desta de ser extravagante; sua função é manter seus súditos em paz uns com os outros nas atividades através das quais eles preferiram procurar a própria felicidade (OAKESHOTT, 1988, p. 37).

Não é outra a razão pela qual Friedrich Hayek inclui Edmund Burke, um dos mais consagrados prosélitos do conservadorismo, entre os precursores do liberalismo. A ordem liberal a que se refere o professor de Economia na Universidade de Friburgo, que recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1974, é aquela que concebe “a liberdade individual dentro da lei”, que inicialmente inspirou os movimentos liberais no continente europeu e se tornou a base da tradição política norte-americana.

Esse liberalismo *dentro da lei* se distingue daquele outro, fundado igualmente no continente europeu, mas hoje também a influenciar a política dos Estados Unidos, em que não se advogam limitações ao poder do governo, mas, seguindo os passos de Rousseau, defende o ideal dos interesses ilimitados da maioria⁶³. Essa outra concepção de liberalismo será retomada ao final deste escrito, quando então será ela associada à democracia procedural, que ostenta, hoje, imenso prestígio.

Buscando-se sustentar, porém, que há mesmo uma forma *conservadora* de se pensar o liberalismo, revisita-se o texto de Hayek no ponto em que ele, confrontando uma vez mais as duas variações do liberalismo, empresta respaldo ao que se vem afirmando:

Deve-se assinalar especialmente que as duas filosofias políticas que se denominam a si mesmas como liberalismo e levam, em alguns aspectos, a conclusões semelhantes, repousam sobre alicerces filosóficos completamente distintos. O primeiro se baseia numa interpretação evolucionária de todos os fenômenos da cultura e da mente e numa visão introspectiva dos limites dos

⁶³ In *Ideologias Políticas*, “Os Princípios de uma Ordem Social Liberal”, p. 47.

poderes do raciocínio humano. O segundo se baseia no que chamei racionalismo construtivista, uma concepção que leva ao tratamento de todos os fenômenos culturais como produto de desígnio deliberado, e na convicção de que é tanto possível quanto desejável reconstruir todas as instituições existentes como parte de um plano preconcebido. O primeiro tipo, portanto, reverencia a tradição e reconhece que todo conhecimento e toda civilização repousam na tradição, enquanto que o segundo tipo despreza a tradição porque considera uma razão independentemente existente, capaz de organizar a civilização (HAYEK, 1998, p. 48)

O tipo de liberalismo que se apoia na tradição se estende ou contrai na linha da história, a depender do grau de influência que exercem alguns de seus componentes antagônicos. De toda sorte, o liberalismo se consolidou após a percepção de que a limitação do poder governamental, fomentada por ingleses no século XVIII, como uma maneira de proteger o indivíduo do poder do Estado, numa atitude de mera desconfiança em relação a este, havia dado origem a uma prosperidade material sem precedentes.

Sucedeu, porém, que depois de Adam Smith e seus seguidores desenvolverem os princípios básicos do liberalismo, a partir de uma ordem autogerada ou espontânea nos assuntos sociais⁶⁴, não se demorou a ver o contraste entre essa ordem espontânea e a realidade social adversa, que é fruto da condição normalmente egoísta da humanidade (lembre-se, v.g., a ordem espontânea do mercado) e viabilizou o surgimento, no próprio solo inglês⁶⁵, da teoria democrática utilitária.

A História é mesmo intransigente, enquanto cíclica. Quando Bentham e seus discípulos substituíram a tradição legal inglesa por um utilitarismo construtivista (e, portanto, reformador), fizeram-no de modo a restituir à democracia, talvez sem esse propósito, um fundamento psicológico (o homem busca a felicidade; e porque todo homem é assim, há necessidade de algum governo) e, supostamente, um princípio moral (a ação do governo se justifica quando, comparada com as alternativas, produz mais felicidade para um número maior de pessoas).

Não se há dizer que o utilitarismo propunha um conteúdo moral baseado na lei divina ou na ordem natural das coisas, posto lhe ocorresse associar, singelamente, o

⁶⁴ Frente a tal proposição, que concebe uma *ordem espontânea* sob perspectiva igual àquela que serve para identificar o objeto das ciências sociais teóricas, na ordem do ser, é irresistível questionar se não nos estaríamos excluindo, assim, do reino da liberdade.

⁶⁵ Hayek (*op. cit.*, p. 49) nota que Adam Smith pressupôs familiaridade com o conceito de justiça da *common law* e com os ideais do império da lei e do governo dentro da lei, pouco compreendidos fora do mundo anglo-saxão, quando desenvolveu os princípios básicos do liberalismo a partir dos princípios de uma ordem já existente, inobstante a imperfeição desta.

virtual conteúdo do Estado democrático ao bem-estar da maioria. Trata-se de um meio-passo na direção de uma democracia substancial, sem compromisso com valores preordenados⁶⁶ e sem associar essa base filosófica da democracia ao direito natural – que Bentham concebia como uma "pomposidade sobre pernas de pau". Ainda assim, a forma democrática é enaltecida, em tal perspectiva e por utilitaristas mais recentes, como a única apta à obtenção de um fim evidentemente desejável⁶⁷.

Era – ou se pretendia que fosse – o fim da liberdade individual *nos limites da lei* ou, em se usando a definição de Hayek, o ocaso da ordem espontânea “baseada em normas abstratas que deixa os indivíduos livres para utilizar seus próprios conhecimentos na consecução de seus próprios objetivos”⁶⁸.

Observa-se, enfim, o eterno conflito entre a concepção de democracia fundada apenas em regras de procedimento e o regime democrático que inclui um mínimo ético, seja este de caráter teocrático, racional ou oriundo do contrato social, esteja ele alicerçado na razão ou na tradição. Tal controvérsia faz sempre ressurgir a dúvida sobre qual o fundamento último do direito e, por isso mesmo, não se dissolve facilmente.

4. A democracia social

No último quartel do século XIX, o conceito de democracia sofreu abalo com o surgimento da democracia industrial e de governos social-democratas apoiados pelos sindicatos, bem assim pela instituição de partidos revolucionários que, induzidos por Lênin e Stalin, visavam a derrubar o antigo regime e instalar a democracia. Não há como seguir adiante sem visitar esse momento histórico, causando inquietação Alain Touraine

⁶⁶ Sobre o utilitarismo de Bentham e Stuart Mill, ver SANDEL, Michael J. *Justiça* – o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

⁶⁷ Cf. Wollheim (*op. cit.*, p. 98), que lembra não terem os primeiros utilitários compromisso com as formas de governo, quer “porque acreditassem na harmonia natural de interesses (uma convicção popularizada pelos economistas políticos da época), seja porque acreditassem que os intelectuais adequadamente treinados poderiam, mediante sua inteligência superior, transcender a condição normalmente egoísta da humanidade e agir como legisladores altruístas. James Mill parece ter sido quem converteu Bentham às convicções democráticas”.

⁶⁸ Hayek, *op. cit.*, p. 49. Na p. 50, o autor adota a terminologia do professor Michael Oakeshott, que distingue uma sociedade livre *nomocrática* (governada pela lei) de uma ordem social não livre e *telocrática* (governada pelos objetivos).

(1996, p. 20) quando diz que “essa época dos debates sobre a democracia social está encerrada, mas, na ausência de qualquer outro novo conteúdo, a democracia se degrada em liberdade de consumo ou supermercado político”⁶⁹.

A democracia social nasceu como uma alternativa ao marxismo numa época em que se digladiavam a participação política e o interesse revolucionário de reconstruir a ordem social, com a ascensão da classe proletária. A esse respeito, observa Eduardo Lima de Arruda Júnior, ao indicar os conflitos entre a realidade social e a proposição marxista:

Se por um lado o marxismo oferece uma radical e revolucionária crítica à dinâmica do capitalismo, negando-lhe a pressuposta imanência natural à democracia, por outro, quando mantém a crença numa ética humanista, emancipatória e igualitária, desconsiderando a política como jogo de forças, afirma a opção por uma ética de convicção⁷⁰. Essa opção pode ser legítima, mas, por si só, não garante o bom caminho para a salvação, nem tampouco assegura a previsibilidade quanto aos efeitos das ações (ARRUDA JÚNIOR, 1996).

Num remate que tem relação com o tempo atual, o citado sociólogo catarinense segue adiante em sua análise, nem por isso impertinente:

A pressuposta natureza boa do homem, de base rousseauiana, presente também numa certa leitura de Marx, e de origem judaico-cristã, é insustentável. A modernidade industrial-capitalista resultou na história da maior barbárie já construída pelo homem (WEBER *apud* ARRUDA JÚNIOR, 1996, p. 16).

Dada a dificuldade de os trabalhadores alemães superarem as adversidades do modelo capitalista sem utilizarem as ferramentas que o sistema político e econômico já instalado oferecia e, por outro lado, ante a aparente inapetência do marxismo, conforme sobrevisto, para indicar os meios práticos à implementação da catarse, os seguidores de Marx e Lassalle⁷¹ passaram a lutar pelo controle do movimento operário, sob o seguinte argumento:

⁶⁹ Alain Touraine, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰ O autor se refere à distinção weberiana entre ética da responsabilidade e ética de convicção, a primeira voltada à racionalidade de meios voltada a fins e a segunda, à racionalidade de valores.

⁷¹ Lassalle - personalidade marcante do *trabalhismo* alemão, que em 1863 convocou o congresso obreiro em que fora constituída a Associação Geral de Trabalhadores Alemães, cujos fundadores, em declaração de princípios, firmavam: “somente o sufrágio universal e direto pode assegurar uma

Marx considerava o estado capitalista, que na Alemanha e especialmente na Prússia era também o estado semifeudal das antigas classes privilegiadas, como um inimigo ao qual se devia fazer a guerra, para derrubá-lo. Lassalle e seus seguidores, por outro lado, viam o estado como um mecanismo que poderia ser transformado, mediante o estabelecimento do sufrágio masculino, em um instrumento de progresso social; exigiam que o estado colocasse o capital à disposição dos trabalhadores organizados para o estabelecimento de empresas produtivas cooperativas e livres (COLE *apud* CRESPIGNY; CRONIN, 1998, p 75).

É preciso recordar, antes e com apoio na obra do laboralista mexicano Mario de la Cueva, que a industrialização teve impulso, na Alemanha, somente na segunda metade do século XIX, quando já era inegável o poder político e econômico da Inglaterra. Mas, à semelhança do que ocorrera entre os ingleses, que promoveram a *revolução cartista*, o progresso industrial produziu na Alemanha um intenso movimento obreiro, potencializado pelo aspecto de apenas o socialismo utópico sobressair entre os ingleses como fundo ideológico, enquanto os alemães sofriam influência, como visto, do Manifesto Comunista e das ideias de Lassalle.

Como anota De La Cueva, a Alemanha vivia enfim “uma extraordinária contradição: um progresso industrial incomparável e um grande movimento socialista, perigo grande para o progresso industrial, pois a crescente agitação ameaçava destruir a paz social e deter, por greves e movimentos obreiros, o trabalho normal nas fábricas”. Bismarck, o Chanceler de Ferro, percebeu a importância do movimento obreiro e entabulou negociação com Lassalle, mas este morreu em duelo, no ano de 1864, o que evidentemente significou um estorvo nesse processo de conquistas dos trabalhadores alemães.

De toda sorte, o temor dessa influência socialista em meio à classe proletária fez Bismarck precaver-se, expedindo uma regulamentação minudente das relações de trabalho, em que inclusive limitava a vontade dos contratantes no que concernia, entre outros assuntos, às medidas de proteção à saúde e à vida dos trabalhadores, às normas para o trabalho de mulheres e crianças e às disposições a propósito da vigilância obrigatória das empresas⁷².

representação adequada e segura dos interesses sociais da classe obreira alemã, assim como a eliminação dos antagonismos de classe [...]

⁷² Mario de la Cueva, *Derecho Mexicano Del Trabajo*, pp. 35-42.

Em verdade, foi a urgência de praticar a democracia, após o estabelecimento do Império Germânico, com um *Reichstag* eleito por voto popular amplo, o que uniu, em 1875, os *eisenachers* marxistas aos *lassalistas*, todos pressionados pela necessidade de fundirem os dois partidos socialistas alemães em um único, o Partido Social Democrático Alemão. Uniram-se em Gotha com vistas voltadas para a perspectiva de sucesso eleitoral.

É paradoxal a necessidade que se apresentava aos socialistas, na maior parte da Europa ocidental (inclusive França e Alemanha), de apresentarem aos eleitores programas imediatos de reforma *dentro* do sistema político e econômico, visto que o chefe de governo, ainda que eleito, era responsável perante o parlamento, sendo inviável a obtenção do socialismo integral, a substituição revolucionária da classe dominante, mormente sem a colaboração dos parlamentares.

Sobre a possibilidade de traduzir essa união entre marxistas e lassalistas um recuo de Marx, porque incompatível com sua doutrina a ascensão do proletariado pela via eleitoral, é elucidativa a observação de George Cole:

O Partido Social Democrático Alemão de 1875, embora adotasse em grande parte o marxismo como credo histórico, na prática aceitava essa necessidade (de apresentar um projeto de reforma dentro do sistema), sem a qual não teria sido possível a fusão com os lassalistas. Marx, que recebera de seus adeptos alemães um exemplar adiantado da proposta das condições da fusão, protestou energicamente contra o que considerava uma traição aos princípios socialistas; seus adeptos suprimiram o longo e arrazoado protesto (que foi publicado como Crítica ao Programa de Gotha, somente muitos anos após sua morte). Marx não publicou suas opiniões, compreendendo que os *eisenachers* o repudiariam se o fizesse. A democracia social nasceu em consequência de um compromisso ao qual o homem geralmente considerado como seu profeta era violentamente contrário (COLE *apud* CRESPIGNY; CRONIN, 1998, p 77).

Os partidos social-democratas, na Alemanha e mais tarde em vários outros países, aceitavam enfim substituir a revolução pela reforma, via democracia eleitoral. Concomitante, porém, era o êxito político do Partido Comunista, que mantinha o credo revolucionário, na Rússia e em países que não possuíam governos responsáveis perante o parlamento ou onde o povo estava descontente com movimentos nacionalistas. Nessa direção, acrescenta George Cole:

O comunismo era um artigo de fácil exportação com destino a países para os quais o socialismo parlamentar não tinha mensagem que o grupo majoritário do povo pudesse entender. Na verdade, os socialistas parlamentares, forçados à defensiva, viram-se como aliados relutantes de seus adversários políticos, na dependência de um auxílio americano que implicava seu alistamento numa luta global entre as duas grandes potências mundiais remanescentes - os Estados

Unidos e a União Soviética -, luta na qual a questão era primordialmente entre o capitalismo e o comunismo, com a democracia como terceiro homem(COLE *apud* CRESPIGNY; CRONIN, 1998, p 85).

Essa terceira alternativa parece agonizar ante a vitória retumbante do primeiro desses contendores. Isso explica a inserção deste tópico, no presente texto, na medida em que não se pode olvidar o conteúdo moral da social-democracia, ele que, afinal, justifica a sua existência. Ainda com Cole, vale concluir que para os socialistas ocidentais, “o indivíduo é o repositório final dos valores éticos, e a democracia implica governo da maioria juntamente com o respeito aos direitos individuais”. Cabe o aposto: “É concebida como um meio para proporcionar uma vida melhor aos indivíduos que compõem as sociedades humanas...” (idem, p. 88).

Como fecho, vale ressaltar que quando se distingue, em várias constituições vigentes desde a segunda década do século XX, um elenco generoso de direitos sociais, que se somam às liberdades civis e direitos políticos na formação de um sempre ambicioso conjunto de direitos fundamentais, bem se pode divisar a importância e influência da social-democracia na construção dessas ordens normativas que servem à organização de direitos humanos gerados na turbulência dos movimentos operários dos séculos XVIII e XIX.

Em síntese, a democracia social atribuiu um conteúdo moral à teoria democrática, superando inclusive aquele conteúdo que se poderia conceber com suporte, apenas, nos direitos de liberdade. Mas o triunfo do capitalismo não tardou e, com ele, surgiram novas concepções de democracia, fundadas somente no procedimento, vale dizer, no respeito às regras do jogo e especial estima à regra da maioria. Esse aparente atavismo não foi de todo ruim, porém, uma vez que a complexidade e a variedade de novos fatos sociais estariam mesmo a exigir que se submetesse à prova a universalidade da razão, que inspirou a social-democracia. É dessa outra vertente teórica que se cuidará, no subtítulo que segue.

5 A concepção formal de democracia

Inevitável questionar, com Alain Touraine:

Na medida em que os regimes autoritários desmoronaram no Leste e no Sul, na medida em que os Estados Unidos venceram a guerra fria contra a União Soviética [...], julgamos que a democracia levou a melhor e se impõe atualmente como a forma normal de organização política, como o aspecto político de uma modernidade cuja economia de mercado é a forma econômica e a secularização é a expressão cultural. Mas essa ideia, por mais tranquilizadora que seja para os ocidentais, é de tal modo inconsistente que os deveria deixar inquietos (TOURAINÉ, 1996, p. 17).

Esse estado de perplexidade contamina, a bem dizer, outros teóricos que optam, não raro, por uma definição mínima e neutra de democracia. A esse propósito, Robert Dahl (1988, p. 9-11) adverte que “não há uma teoria democrática, ou de democracia - mas várias” - e que, no mínimo, “a teoria da democracia diz respeito a processos através dos quais cidadãos comuns exercem um grau relativamente alto de controle sobre líderes”.

É certo que o advento do Estado Social significou, como visto, a proteção de direitos fundamentais pelo Estado de Direito. Somavam-se aos direitos da liberdade, civis e políticos, os direitos e garantias que serviriam, dali por diante, ao pressuposto da igualdade. A bem dizer, a ninguém é possível exercer plenamente o seu direito de liberdade se lhe falta alimentação, saúde, moradia, educação e trabalho digno que a tudo provê.

A proposta de um sentido neutro ou asséptico para a democracia, indevassável por valores morais, autoriza, inclusive, o questionamento resignado de Touraine: “será que vamos nos contentar em acompanhar o pêndulo em seu movimento de retorno às liberdades constitucionais, depois de termos procurado, durante um longo século - que começou em 1848 na França —, estender a liberdade política à vida econômica e social?” (idem, p. 19)

A essa altura, cabe esclarecer que o sistema representativo proposto, com algumas variações, pelos teóricos da democracia procedural é aquele que se apoia “na substituição de uma concepção orgânica da sociedade por uma visão individualista, cujos elementos principais são a ideia de contrato, a substituição do ser político segundo Aristóteles pelo homo oeconomicus e pelo utilitarismo com sua busca da felicidade para a maioria das pessoas”. Touraine assim se reporta ao tema dizendo secundar Bobbio, para quem a definição de democracia partiria de três princípios: “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais procedimentos deverão ser adotados”, a constatação de que “um regime é tanto mais democrático quanto maior for o número de pessoas que participam, direta ou

indiretamente, das decisões” e de que “as escolhas a serem feitas devem levar em consideração a realidade”.

Prosseguindo, e na tentativa de realçar o eventual desencontro entre estes princípios e aqueles objetivos, sobressai uma vez mais a crítica incisiva de Touraine:

Depois de ter colocado esses princípios liberais, Bobbio leva-nos a descobrir que a realidade política é bem diferente do modelo que acaba de ser proposto: as grandes organizações, partidos e sindicatos têm um peso crescente na vida política, o que muitas vezes retira toda realidade ao povo supostamente soberano; os interesses particulares não desaparecem diante da vontade geral e as oligarquias se mantêm. Enfim, o funcionamento democrático não chega a penetrar na maior parte dos setores da vida social e o segredo, contrário à democracia, continua a desempenhar um papel importante; muitas vezes, por trás das formas da democracia constrói-se um governo de técnicos e aparelhos (TOURAINÉ, 1996).

Ante essas inquietações, Touraine acrescenta uma questão fundamental: “se a democracia não passa de um conjunto de regras e procedimentos, por que razão os cidadãos deveriam defendê-la de forma ativa? Apenas alguns deputados se deixam matar por uma lei eleitoral” (*idem*, p. 19-20).

A sociedade de massas tornou superada, aliás, a velha discussão sobre o sistema representativo. É que sempre se questionou se este comportaria um mandato imperativo ou representativo, mas a prevalência do primeiro modelo, veementemente defendido por Rousseau, já não mais se conforma ao sufrágio universal, conforme diagnóstico de Paulo Bonavides: “a vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração totalmente popular, se decompôs em nossos dias na vontade antagônica e disputante de partidos e grupos de pressão” (BONAVIDES, 1998, p. 217).

Esse gigantesco desafio da democracia representativa, que se revelou no momento em que a ciência política aprofundou os seus estudos sobre partidos políticos, grupos de pressão e opinião pública, o mais das vezes a apurar que indivíduos ou grupos minoritários são vencidos, na prática política, por interesses particulares hegemônicos, está por ser superado. É bom acrescentar: mesmo se acatada a concepção formal da democracia, que pressupõe o poder absoluto da maioria, sequer pode ser isolado o momento da deliberação, porquanto nela (na democracia formal) esteja incluída também a fase em que se exerce o direito de voto.

A esse propósito e depois de enunciar as regras que entende aplicáveis a um sistema político ideal, que intitula “democracia poliárquica”, Robert Dahl admite:

Não se poderia dizer, sem falsear a verdade, que o camponês que lança seu voto pela ditadura está expressando suas preferências entre as alternativas apresentadas, conforme as vê? Isto porque, quem sabe, as alternativas que percebe são votar na ditadura ou fazer uma viagem para a Sibéria. Isto é, em certo sentido, todas as decisões humanas podem ser consideradas como uma opção consciente ou inconsciente da alternativa preferida entre as que são percebidas pelo indivíduo. De idêntica maneira, as máquinas políticas urbanas mais corruptas neste País (o autor refere-se, já agora, aos Estados Unidos) frequentemente satisfazem a esses requisitos, mesmo quando seus cabos eleitorais não enchem as urnas com votos falsos, ou manipulam seus resultados, porque comparecem com um número suficiente de indivíduos inescrupulosos oferecendo uma alternativa simples: alguns dólares se você votar em nossa chapa e nada se votar na outra (DAHL, 1988, p. 71).

Não passa despercebido que para esse modelo de democracia, fundado nas regras do jogo, os direitos naturais, em especial o de igualdade, não excedem os limites extraíveis do mero procedimento ou a este inerentes (todos têm igual direito de votar e ser votado). O mesmo Robert Dahl ensina que a democracia madisoniana⁷³ é preferida nos Estados Unidos porque procura compensar a possibilidade de a democracia populista⁷⁴ destruir o sistema, acrescentando neste alguns mecanismos de controle externo que impedem, em última análise, a acumulação de todos os poderes – legislativo, executivo e judiciário, nas mesmas mãos, já que o contrário implica tirania.

E como tirania viria a ser, segundo Madison, “toda grave privação de um direito natural”, parece que o modelo formal de democracia se estaria deixando contaminar por um conteúdo moral. Ledo engano! Quando instados a especificar quais seriam os direitos naturais, os contemporâneos de Madison e seus predecessores não convergiam: “O acordo, que porventura havia, situava-se em um alto nível de abstração e deixava amplas oportunidades de desacordo em casos específicos”⁷⁵. Dahl opta, num remate a essas suas digressões sobre a democracia norte-americana, por inverter os termos da equação para afirmar que a própria definição de tirania não é útil ao sistema madisoniano e, por isso, “não precisamos resolver a questão de decidir se indivíduos têm direitos naturais ou, em caso afirmativo, quais são eles”⁷⁶.

Num parêntese, cabe dizer que essa mesma característica (o não compromisso com os direitos naturais) está presente quando se concebe o princípio da democracia, como quer Jürgen Habermas, “como uma variação do princípio do discurso racional no processo de fundamentação dos chamados direitos positivos ou direitos legais”, ou seja, “válidas são exatamente as normas do agir, com as quais todos os endereçados, enquanto

⁷³ O autor refere o modelo proposto no *The Federalist*, de Madison, político e teórico norte-americano

⁷⁴ O autor refere o modelo fundado na igualdade e soberania popular - a regra da maioria.

⁷⁵ Cf. Robert Dahl, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 29.

participantes do discurso racional, possam concordar”⁷⁷. A essa variação da proposta teórica até aqui analisada, responde, com firmeza, Maria Clara Dias:

Um processo democrático de legitimação, tal como o entendemos cotidianamente, não supõe um consenso, mas sim o assentimento da maioria. Seria então a democracia um princípio da maioria? Este também não parece ser o caso. Não nos referimos a uma sociedade escravocrata ou a uma sociedade de castas como uma sociedade democrata, ainda que possamos reconhecer que seus governantes e suas leis possam ter sido eleitos por maioria. O que entendemos por democracia supõe o respeito às minorias, melhor dizendo, supõe o reconhecimento do direito à igualdade de participação (DIAS, ano, p. 289)⁷⁸.

A autora propõe um conceito de democracia em que esse reconhecimento da igualdade de participação se apresente como um princípio moral, com caráter prescritivo⁷⁹. A esse respeito, pode-se acrescentar algo mais: o conceito de democracia não pode ser neutro ou formal, mas somente a enleva, como uma forma de governo que guarda respeito às regras do jogo, quando revela compromisso, por igual, com a igualdade material e, num estágio mais avançado, com a concretização dos direitos fundamentais, estes que são os direitos naturais evoluídos à dimensão antropocêntrica e positivados.

É conveniente, porém, externar logo uma observação: esse modo pretensioso de conceituar a democracia, atribuindo-lhe um conteúdo, não afasta, por completo, o entendimento aqui esposado das reflexões de Habermas, como será explicado no tópico seguinte e inobstante a crítica que já lhe foi dirigida.

6. A democracia substancial em meio à diversidade cultural

Mas de que direitos fundamentais se está a tratar? Teriam eles a característica da universalidade? A questão identitária, em confronto com a suposta universalidade desses direitos inalienáveis do homem, merece, enfim e neste capítulo, sua primeira abordagem. Quando se cogita de identidade cultural ou social, como um contraponto para a universalidade, há referência clara ao multiculturalismo e às proposições teóricas da pós-modernidade. Usando de desassombrado realismo, José Augusto Lindgren Alves afirma:

⁷⁷ *Apud* Maria Clara Dias, “O que pode a Ética na Política: considerações acerca do conceito de democracia”, p. 286.

⁷⁸ Maria Clara Dias, *op. cit.*, p. 289. Porém, a propósito do princípio da maioria, Habermas, em *Direito e Democracia*, p. 223, teve a oportunidade de dizer que “a regra da maioria mantém uma relação interna com a busca da verdade, na medida em que a decisão tomada com maioria forma apenas uma cesura numa discussão em andamento, fixando de certa maneira o resultado provisório de uma formação discursiva da opinião”.

⁷⁹ Cf. Maria Clara Dias, *op. cit.*, p. 291.

Enquanto para a sociedade de classes, da antiga modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o Welfare State), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade (ALVES).

Explorando ainda esses estereótipos, que se criam numa cultura supostamente mundializada, ao olvido de que a racionalização (informatização) da indústria e serviços empobrece o homem, notadamente o homem dos países periféricos, o mencionado diplomata ironiza:

A superpopulação é sempre asiática ou latino-americana. A origem da AIDS tinha que ser africana. O garimpeiro brasileiro é mais daninho ao meio-ambiente do que as indústrias e o consumo dos países super-industrializados. O negro e o asiático fumam, bebem e se drogam mais do que o branco. A responsabilidade pelo narcotráfico é a produção do Terceiro Mundo, não a demanda universal. Os pais de famílias miseráveis que põem os filhos para trabalhar ou se prostituir fazem-no, provavelmente, porque são malvados. O fanatismo religioso é particularidade de povos primitivos, fora da civilização judaico-cristã, pois os integristas protestantes, católico e israelita são, com certeza, sadios... O Rio de Janeiro, com sua população favelada, é, naturalmente, a cidade mais violenta do mundo (ALVES, 1998, p. 11).

A tudo isso se somam as diversidades culturais que já faziam, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos um produto do ocidente. Referindo-se à rejeição do Iluminismo pelos teóricos do pós-modernismo, Lindgren Alves observa:

Enquanto na modernidade os embates sociais se desenrolavam em nome da comunidade nacional, da afirmação do homem genérico e universal ou no contexto das lutas de classe, na pós-modernidade as batalhas da cidadania são, muitas vezes, empreendidas em nome de uma comunidade de identificação menor do que o Estado nacional e diferente da classe social. Os governos, por sua vez, de todos os quadrantes, assemelham-se a administradores de empresas, preocupados sobretudo, ou apenas, com a eficiência da gestão econômica – objetivo aparentemente impossível enquanto perdurar a inexistência de controle supranacional para a flutuação do capital especulativo (ALVES, 1998, p. 13-14).

Em seu ensaio, Lindgren Alves propõe a sobrevivência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como a última Grande Narrativa, mas sem desprezar a importância de conferências que procuram adequá-la a um universo cultural variado⁸⁰. Não resiste,

⁸⁰ Refere-se o autor, por exemplo, ao art. 5º da Declaração aprovada na Conferência de Viena: “As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os

por isso mesmo, a registrar, na formulação de sua defesa, algumas perguntas que ameaçam essa ultra-atividade:

Se os direitos humanos são uma invenção intransferível da cultura ocidental, ela própria injusta e apenas dissimuladamente libertária, como se pode coerentemente impedir os talibãs de enclausularem as mulheres afegãs? Como exigir dos aiatolás iranianos que aceitem a comunidade bahai, proscrita em sua Constituição? Como exigir a revogação da fatwa de execução contra o escritor Saman Rushdie, se uma fatwa religiosa é irrevogável por definição? Como promover a liberdade de crença e de expressão se a sharia islâmica fundamentalista prevê, até mesmo, a crucificação de apóstatas? Como condenar a repressão aos dissidentes chineses e norte-coreanos, quando o confucionismo, muito mais do que qualquer tipo de socialismo, impõe como valor crucial a obediência à autoridade? (ALVES, 1998, p. 21).

Ressai a pergunta derradeira: “como universalizar tais direitos, construídos historicamente na tradição ocidental, sem conferir-lhes feições imperialistas?” (*idem*, p. 16)

Não há, aqui, a veleidade de propor solução para esses conflitos que inquietam, e às vezes amordaçam, os teóricos da democracia. Mas, em se tratando de multiculturalismo, impõe-se nova alusão à obra de Alain Touraine, que o tem por realidade inexorável: “O mundo contemporâneo deve reconhecer o pluralismo cultural que corresponde à mundialização da economia e da cultura. Uma sociedade nacional culturalmente homogênea é, por definição, antidemocrática” (TOURAINÉ, 1996, p. 165).

Num retorno, apenas aparente, ao Iluminismo⁸¹, Touraine repete a expressão de Robert Fraisse para exclaimar que a democracia é a política do sujeito, mas logo esclarece: “a democracia não é somente um conjunto de garantias institucionais, ou seja, uma liberdade negativa. É a luta de sujeitos, impregnados de sua cultura e liberdade, contra a lógica dominadora dos sistemas”⁸².

direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

⁸¹ O autor diz que a democracia não é apenas a liberdade negativa e assume uma postura crítica em relação ao racionalismo, sem excluí-lo: “Na medida em que a modernidade se apóia na difícil gestão das relações entre razão e sujeito, racionalização e subjetivação, na medida em que o próprio sujeito é um esforço para associar a razão instrumental à identidade pessoal e coletiva, a democracia define-se melhor em relação à vontade de combinar o pensamento racional com a liberdade pessoal e a identidade cultural” (*op. cit.*, p. 28). Não há referência, na sua obra, ao nome de Kant.

⁸² *Op. cit.*, p. 24.

Nesse esforço hercúleo de conciliar a liberdade com as determinantes sociais e a herança cultural, o autor dimensiona o sujeito, figura central da ação democrática: “Um indivíduo é um sujeito se, em suas condutas, consegue associar o desejo de liberdade com a filiação a uma cultura e o apelo à razão; portanto, um princípio de individualidade, um princípio de particularismo e um princípio universalista”⁸³. Essa combinação tem fundamento prático que parece persuasivo:

Ameaçada por um poder popular que se serve do racionalismo para impor a destruição de todas as filiações sociais e culturais e suprimir, assim, todo contrapeso ao seu próprio poder, e degradada pela redução do sistema político a um mercado político, a democracia é atacada em um terceiro flanco por um culturalismo que leva o respeito pelas minorias até à supressão da própria ideia de maioria e a uma redução extrema do domínio da lei (TOURAINÉ, 1996, p. 27).

O mundo, perplexo, está a aguardar a concretização desse ideal de política democrática, mas a teoria é útil também quando assume essa ambição profilática. O importante é conceber, com Touraine, que “a democracia não reduz o ser humano a ser apenas um cidadão; reconhece-o como um indivíduo livre que também faz parte de coletividades econômicas e culturais”⁸⁴. Se é outro o modelo político, ter-se-á configurado o Estado Oclocrático de Direito, não importando o que dizem as normas.

A atual tendência, muito influenciada por Habermas e já referida⁸⁵, de compreender o princípio da democracia como uma variante do princípio do discurso (indiferente à moral), propõe, em última análise, que uma ampla liberdade de comunicação seja institucionalizada pelo Direito e contamine todo o itinerário da concreção dessa ordem jurídica.

Tal tentativa de resgatar o princípio democrático como força legitimadora do processo de normatização⁸⁶ autoriza conceber, ao pressuposto da forma jurídica (que estabiliza as expectativas sociais de comportamento) e do princípio do discurso (à luz do qual se investiga a legitimidade das normas de ação em geral), um código jurídico

⁸³ *Op. cit.*, p. 28.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 29.

⁸⁵ *Vide* final do subitem imediatamente anterior.

⁸⁶ Cf. Habermas, *Direito e Democracia*, p. 158. Para o autor, “a ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”. Na página 159, inicia-se o elenco de direitos fundamentais expostos a seguir, neste texto.

constituído dos seguintes direitos fundamentais, que se apresentam em ordem de correlação (o primeiro direito fundamental, a seguir enumerado, é correlato ao segundo e terceiro, sendo que os três precedem a organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado) ou de dependência (o quarto direito fundamental converte os sujeitos de direito em autores da ordem jurídica e o quinto é, de todos, o antecedente necessário):

- (1) direitos fundamentais que "resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*";
- (2) direitos fundamentais que "resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito";
- (3) direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo;
- (5) direitos fundamentais a *condições de vida garantidas nas suas dimensões social, técnica e ecológica*, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos fundamentais anteriormente elencados.

O apelo ao princípio do discurso faz inevitável que se o compatibilize, ao menos se o tente, com a certeza de que a autonomia política é precedida, a bem dizer, de um processo seletivo de participação nas sociedades em que é maior a concentração de riqueza e mais acentuado o domínio do capital e dos grupos de pressão formados por seus áulicos.

O que parece paradoxal, nesse contexto, é que a democracia pressupõe a liberdade de ação comunicativa, mas, em contrapartida, o exercício da ação comunicativa, exatamente por ser livre, não pode ser imposto: "ao contrário da moral, o direito não pode obrigar a um emprego comunicativo de direitos subjetivos, mesmo quando os direitos políticos dos cidadãos sugerem exatamente esse tipo de uso público"⁸⁷. Isso nos leva a intuir que, naquelas mencionadas sociedades de desiguais, a legalidade se estaria convertendo em legitimidade.

⁸⁷ Cf. Habermas, *op. cit.*, p. 168.

Um problema dessa ordem é solucionado por Habermas ao suposto de que a regulação jurídica da liberdade comunicativa (que se dá, por óbvio, na relação de reciprocidade que se vislumbra entre política e direito) pode lhe pôr limites. Neste sentido, pondera:

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, a não ser para os que partem da premissa de que o sistema do direito tem que ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente, legitimando-se a si mesmo. A isso opõe-se a evidência de que instituições jurídicas da liberdade decompõem-se quando inexistem iniciativas de uma população acostumada à liberdade. Sua espontaneidade não pode ser forçada através do direito; ele se regenera através das tradições libertárias e se mantém nas condições associacionais de uma cultura política liberal. Regulações jurídicas podem, todavia, estabelecer medidas para que os custos das virtudes cidadãs pretendidas não sejam muito altos.

[...]

A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para dois lados: De um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor (HABERMAS, p. 168)

É árduo, portanto, esse processo de concreção do direito, mas não pode atender a fórmulas alquímicas a prevalência, em seu decurso, do sujeito, em meio à particularidade de uma cultura e à universalidade da razão.

Não obstante as narrativas de direitos humanos, convertidas em direito positivado pelas cartas constitucionais mais recentes, acomodem o espírito do homem de nossos dias a um programa de ações normativas compatível com a expectativa de uma sociedade mais justa e solidária, a diversidade cultural conspira, sem cessar, contra a aspiração de universalidade que é imanente aos direitos fundamentais do homem.

Em rigor, a diversidade cultural reclama, insidiosamente, a realização do princípio democrático por meio de processos sucessivos de adequação da norma à realidade de cada povo.

Não se põe em dúvida a expectativa de validade atribuível aos direitos fundamentais enumerados, com pretensão normativa, nas Constituições de Portugal, Espanha ou Brasil, por exemplo. Mas é certo que o princípio da democracia assume um conteúdo plástico ou perigosamente moldável, ao menos em parte, quando dele se exige um conteúdo moral consentâneo com o multiculturalismo que caracteriza a sociedade

contemporânea, ou os vários segmentos do universo que ousamos chamar de humanidade. O caráter histórico do conceito de democracia é assim, e talvez por infelicidade, um componente de seu significado a ser contingencialmente enfrentado.

À guisa de conclusão

O conceito de democracia integra o rol de categorias políticas, quicá jurídicas, cujo significado remete à história das práticas ou modelos teóricos usualmente associados ao termo em análise. Os antigos, a exemplo de Platão e Aristóteles, não sustentavam ser a democracia a forma boa de governo, malgrado lhes atribuam a concepção original do Estado democrático.

Um método intrigante, talvez surpreendente, de investigar o sentido de democracia é examiná-lo a partir da acepção que lhe é dada na Antiguidade, no debate entre tradição e razão que inspirou conservadores e iluministas, na vertente teórico-política que concebeu a democracia social e, por fim, na concepção, a essa antagônica, de democracia procedural.

Embora o modelo social-democrata tenha contribuído para aproximar o Estado de Direito do ideal de justiça que a ele deve supostamente impregnar, a superveniência da acepção neutral de democracia se justifica, ao menos em parte, na medida que permite ajustar o conceito à diversidade de culturas que singularizam os povos pretensamente democráticos, em um esforço dialético com a aspiração de universalidade que contamina os direitos fundamentais normalmente associados ao conteúdo da democracia social.

Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. “A Declaração dos Direitos Humanos na Pós-Modernidade”. In: Cidadania e Justiça. **Revista da AMB** n. 5. Rio de Janeiro, 1998.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo L. (org.). **Max Weber** - Direito e Modernidade. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen Varriale *et al.* 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1998.

_____. **Direito e Democracia**. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Kait. Brasília: UnB, 1997.

BURKE, Edmund. **The Works**. Vol. III/IV. New York: Georg Olms Verlag, 1975.

COLE, George. “Socialismo”. In **Ideologias Políticas**. CRESPIGNY, Anthony de; CRONIN, Jeremy. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1998.

DAHL, Robert. **Prefácio à Teoria Democrática**. Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. México: Porrúa, 1961.

DIAS, Maria Clara. “O que pode a Ética na Política: Considerações acerca do Conceito de Democracia”. In: **Ética e Política**, Adriano Naves de Brito e José Nicolau Heck (orgs.), Goiânia: UFG, 1997.

GIRGLIOLI, Pier Paolo. In: **Dicionário de Política**. Coordenação de Bobbio, Matteucci e Pasquino. Vol. 1. Brasília: UnB, 1994.

HAYEK, Friedrich. “Os Princípios de uma Ordem Social Liberal”. In: **Ideologias Políticas**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1998.

KIRK, Russell. **The Conservative Mind: from Burke to Eliot**. Disponível em: http://books.google.com.br/books?id=mGBn2fOdp7gC&printsec=frontcover&dq=kirk+russell+the+conservative+mind&hl=en&sa=X&ei=P3cQU-GSD4a_kQep24HQBw&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=kirk%20russell%20the%20conservative%20mind&f=false. Acesso em 28/02/2014.

OAKESHOTT, Michael. “Do Fato de Ser Conservador”. In: **Ideologias Políticas**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1998.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. **Diálogos** (Eutífron. Apologia de Sócrates. Críton. Fédon). São Paulo: Nova Cultural, 1999 [Coleção Os Pensadores].

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

TOURAINÉ, Alain. **O Que é a Democracia?** 2. ed. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

WOLLHEIM, Richard. Democracia. *In: Ideologias Políticas*. 2. ed. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: UnB, 1998.

DIREITOS SOCIAIS VS. RECEITA TRIBUTÁRIA NA BALANÇA DE PRIORIDADES DO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Daniel Luchine Ishihara

Mestre em Direito Comparativo e Internacional pela Southern Methodist University (Dallas-TX). Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB), leciona na Escola do Legislativo e na Escola de Governo do Distrito Federal. Atualmente é vice-presidente da Comissão Permanente de Licitações.

53

Resumo

Esta pesquisa busca contribuir para a construção de uma escala de prioridades adotadas pela pauta do Legislativo brasileiro e compará-la com a relevância dos mesmos assuntos na Constituição Federal. Neste trabalho, foi analisada a evolução das leis que regem os contratos administrativos com foco em dois aspectos normativos: os que visam a aumentar a arrecadação tributária e aqueles que avançam medidas protetivas de direitos trabalhistas. Como conclusão, é possível afirmar que a pauta legislativa sobre Contratos Administrativos priorizou a captação de tributos com medidas que apenas duas décadas mais tarde foram utilizadas para proteção de direitos sociais fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Constitucional. Administrativo. Contratos Administrativos. Terceirização.

Contextualização

Há uma crescente tendência do Estado brasileiro em contratar com particulares a execução de diversas atividades outrora atribuídas a servidores estatais. A contínua intensificação do fenômeno da terceirização de serviços na Administração Pública, a exemplo da recente Lei nº 13.429/2017, desafia as fronteiras de diversos ramos do Direito e instiga ambos os setores privado e público a explorar suas possibilidades na delicada balança constitucional entre a eficiência da Administração e a garantia de direitos sociais.

Pelo ponto de vista do Direito Trabalhista, trata-se de uma variante do modelo clássico dual de relação de trabalho, onde operam apenas o detentor dos meios de produção e os assalariados que dedicam sua força laboral humana. Nos moldes da terceirização, o proveito econômico dos resultados alcançados é absorvido pelo Poder Público e o empregador assume um papel exclusivamente intermediário e voltado à gestão de empregados e da atividade de licitante.

Para o Direito Administrativo, a terceirização significou um avanço em termos de eficiência da Administração Pública, cujos órgãos e entes abraçaram um modelo mais focado em suas atividades finalísticas. As funções de apoio e de auxílio administrativo passaram a ser contratadas no setor privado, quem, visando ao lucro, demonstrou-se mais vantajoso na consecução de resultados institucionais.

Por sua vez, pela ótica do Direito Constitucional, temos na terceirização o aumento da participação do setor público em um mercado onde há alto risco de violação de direitos sociais fundamentais, uma vez que a Administração Pública não repassa o valor dos salários diretamente aos trabalhadores, mas à terceirizada. Não raro ocorrem violações de direitos do coletivo assalariado por parte das empresas contratadas, mormente nos períodos em que o contrato administrativo está próximo de se encerrar sem possibilidades de renovação ou prorrogação.⁸⁸

Para minimizar os riscos de a própria Administração Pública facilitar a violação de normas trabalhistas, as leis e a jurisprudência evoluíram no sentido de aumentar a postura protetiva e garante dos órgãos e entes públicos. Trata-se de uma modernização da dogmática dos direitos fundamentais, reconhecendo, tal qual a Corte Constitucional alemã, que os direitos fundamentais contêm um postulado de proteção (*Schutzgebote*) de onde se extrai a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).⁸⁹ Em outras palavras, o próprio Estado deve se posicionar no sentido de “criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados.”⁹⁰

De fato, é constante a evolução da proteção conferida pela Administração Pública aos direitos dos trabalhadores em seus contratos de terceirização. Porém, de maneira comparativa, este artigo aponta que o Estado brasileiro pós-Constituição Cidadã não

⁸⁸ Via de regra, a duração máxima de um contrato público é de 60 meses, conforme o art. 57, II, da Lei nº 8.666/93: “A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...) II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses”.

⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkingen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts in* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 635.

demonstrou ênfase nesse intuito. Os esforços normativos se voltaram, primeiramente, a mobilizar a Administração Pública em atividades garantidas de receita tributária aos cofres estatais e, apenas de forma tardia, ao desenvolvimento de garantias a direitos sociais fundamentais.

O fenômeno da terceirização na Administração Pública

O Brasil travou historicamente várias batalhas contra sua ineficiência administrativa. Desde o Estado de Bem-Estar (ou *Welfare State*) generalizado mundialmente a partir da Segunda Guerra Mundial (1945), ficou evidente que a lentidão e o alto custo da burocracia no setor público obstavam à consecução do desenvolvimento econômico e da ampliação dos serviços públicos.⁹¹ Em resposta, em 1967, editou-se o Decreto-Lei nº 200, que, dentre outras diretrizes para uma Reforma Administrativa, delineou um movimento de diminuição da máquina pública por meio da contratação do setor privado para a execução de atividades não finalísticas da Administração Pública.⁹²

O entusiasmo liberal do Executivo não foi acompanhado pelo Judiciário. Em diversos casos a Administração Pública foi condenada a reconhecer vínculo empregatício com os trabalhadores da empresa contratada e, conseqüentemente, arcar com as diferenças salariais decorrentes do reconhecimento de isonomia com servidores estatais, geralmente remunerados com valores maiores. Em 1986, a Súmula nº 256 do TST excepcionou desse entendimento apenas os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância.⁹³ A posição do TST só foi revisada na década de 90, com a Súmula nº 331, que ampliou o rol de exceções.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pgs. 24-25.

⁹² Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, § 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

⁹³ Súmula nº 256 do TST : Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

A transição entre o modelo de administração pública burocrática para uma organização estatal de ênfase gerencial teve como marco o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), na segunda metade da década de 90, que delimitou o tamanho do Estado e o seu papel regulador, prescrevendo a maior participação de entidades privadas na realização de atividades de apoio às pessoas jurídicas de direito público.⁹⁴ Nessa mesma década, foi promulgada a Lei. nº 8.666/93, que regulamentou os contratos administrativos, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que promoveu a chamada Reforma Administrativa e enfatizou a eficiência como princípio norteador da Administração Pública,⁹⁵ e o Decreto nº 2.271/97 incentivou a execução indireta⁹⁶ por meio de contratações de “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares” às atividades finalísticas dos entes públicos.⁹⁷ Ficou expressa, a partir de então, a preferência pela contratação do setor privado para a execução de “atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações”⁹⁸.

Sob um olhar conjuntural, o Estado assumiu na década de 90, modernizando o extremismo do liberalismo econômico da década de 30,⁹⁹ que o setor privado é mais

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, 1995, pgs. 15-22.

⁹⁵ A EC nº19/1998, de forma simbólica e sintética de suas diversas medidas, acrescentou ao *caput* do art. 37 o princípio da eficiência, onde antes constavam expressamente apenas legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

⁹⁶ 8.666 art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (...);

⁹⁷ Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

⁹⁸ Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Art. 1º, §1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

⁹⁹ Essa visão é resumida com maestria pelo ilustre professor Márcio Iorio Aranha, segundo o qual o liberalismo econômico extremado acredita que “tudo o que o Estado faz, faz mal, e mesmo que fizesse bem, mal faz” (ARANHA, Márcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. 2ª ed. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2014. p. 98).

eficiente na produção objetiva de determinados resultados. Fundamentados nessa premissa, diversos órgãos e entidades da Administração Pública passaram a contratar serviços outrora desempenhados por servidores estatais,¹⁰⁰ fenômeno esse alcunhado de “terceirização”:

Quando a execução indireta envolve o fornecimento de pessoal (mão de obra) para desempenhar tarefas nas próprias unidades administrativas (serventes, telefonistas, motoristas, vigilantes etc.), denomina-se esse processo de terceirização haja vista ele importar na transferência de atividades administrativas a terceiros (FURTADO, 2013, p. 267).

Ressalve-se apenas que, já naquela década, os órgãos de controle vedavam a contratação de terceirizados se esses serviços fossem especificamente atribuídos a cargos de carreira do contratante ou se caracterizassem sua atividade finalística, sob pena de burla à regra de obrigatoriedade de realização de concurso público estampada na Constituição Federal.¹⁰¹ Por esse motivo, antes de qualquer terceirização, os órgãos e entidades contratantes precisam se certificar de que os cargos de carreira que prestam tais serviços sejam extintos ou declarados em extinção, ou alternativamente tenham suas atribuições propriamente alteradas.

A título de exemplo, a Câmara Legislativa do Distrito Federal operou, entre 2010 e 2014, a transição do modelo de execução direta para o de terceirização nas áreas de limpeza, vigilância, marcenaria, hidráulica, elétrica e demais serviços de manutenção predial. Para tanto, optou-se por transformar os cargos de “Auxiliar Legislativo – Categoria Auxiliar de Limpeza” em “Auxiliar Legislativo – Auxiliar Legislativo”, com atribuições e competências típicas de serviços auxiliares, mas sem especificar a atribuição de realizar a faxina da repartição. O mesmo ocorreu com as demais categorias auxiliares em estudos e diligências realizadas em conjunto com o sindicato da categoria, alterando-se o plano de carreira do órgão. Dessa forma, enquanto parte da equipe administrativa procedia com as etapas interna e externa da licitação para a contratação de terceiros, outra parte cuidava de treinamento, capacitação, suporte psicológico e gestão de competências

¹⁰⁰ Expressão utilizada conforme a sistematização de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo o qual “servidores estatais” abrangem os servidores públicos e os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 247).

¹⁰¹ A decisão paradigma nesse sentido foi proferida pelo plenário do TCU sob o nº 680/95 (DOU de 28/12/95).

para que os servidores pudessem realizar suas atribuições auxiliares em unidades administrativas compatíveis com suas habilidades e talentos. Em esforço objetivando eficiência, muitos desses servidores foram destinados a atividades de fiscalização dos serviços das terceirizadas, tendo em vista sua expertise com o objeto executado pela contratada.

Juntamente com vantagens, a terceirização trouxe ao universo da Administração Pública um aumento da necessidade de controle sobre a sua relação com as empresas contratadas e também um aumento da sua responsabilidade perante os empregados dessas terceirizadas. Em outras palavras, o setor público precisou executar um *plano de ação interno*, voltado à própria Administração tomadora de serviços, bem como um *plano de ação externo*, direcionado à fiscalização da empresa contratada.

Por *plano de ação interno*, entende-se o esforço de adaptação da cultura organizacional para que se evitasse uma configuração de hierarquia entre os empregados e os agentes públicos, que passaram a laborar em um mesmo espaço físico. O próprio Decreto nº 2.271/97, prevendo os possíveis efeitos indesejáveis da terceirização, tratou de coibi-los em seu art. 4º, segundo o qual “[é] vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam: (...) IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante”. Em decorrência da norma expressa nesse dispositivo, se houver necessidade de subordinação, pessoalidade e habitualidade no relacionamento com os empregados para a produção dos resultados almejados pela Administração, a terceirização é ilícita.¹⁰² Muitas vezes, porém, tal necessidade inexistente, mas a subordinação ocorre impropriamente como uma manifestação da cultura extremamente hierárquica de outrora.

Por sua vez, o *plano de ação externo* objetiva assegurar que o ganho em eficiência para a Administração não resulte em violação de direitos dos empregados das terceirizadas, uma vez que, não raro, a preocupação do setor privado com a maximização de lucros desdenha do respeito para com suas obrigações trabalhistas. Ou seja, a Administração tomadora de serviços adotou uma postura cada vez mais ativa na proteção dos direitos dos trabalhadores da empresa interposta.

¹⁰² Nesse sentido, a decisão paradigma do Tribunal de Contas da União é o Acórdão 1.520/2006-TCU-Plenário, proferido nos autos da TC 016.954/2009-5.

Contratos públicos e a proteção de direitos sociais

A Administração Pública, como estrutura operacional para realização do interesse público, deve observar não só seus objetivos específicos, como também as finalidades gerais do Estado Democrático de Direito estampadas na Constituição Federal. Apesar de se voltarem à execução de atividades de apoio ou auxílio, os contratos públicos de terceirização envolvem importantes temáticas constitucionais, a exemplo dos direitos fundamentais sociais.

A evolução da proteção de direitos trabalhistas é demonstrada neste artigo pela cronologia de inovações legislativas e jurisprudenciais, mas tais iniciativas não constituíam requisitos para que a Administração atuasse no sentido de fazer cumprir a Carta Magna. Em se tratando de direitos e garantias fundamentais, sua eficácia não se condiciona à existência de instrumentos infraconstitucionais:

Atualmente, a Constituição brasileira não prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos previstos no Capítulo I do Título II e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, da CF/88).¹⁰³

Não obstante, são tantas as variáveis a serem observadas pela Administração para a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, e tantos os custos envolvidos na pesada movimentação da burocracia pública, que determinadas ações foram provocadas por normas e regulamentos. De fato, é sensível que “algumas normas constantes do catálogo de direitos previsto no art. 7º indicam que o constituinte pretendeu explicitar, em verdade, um dever geral de proteção por parte do legislador (*Schutzpflicht*)”,¹⁰⁴ o que justifica as iniciativas infraconstitucionais de zelo e estímulo à observância de direitos fundamentais. Uma importante frente de cumprimento dessa obrigação estatal é conduzida pela Administração Pública na gestão de suas contratações com o setor privado:

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op.cit.* p. 640.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 641.

O contrato administrativo traduz o exercício da função administrativa, o que significa sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais. Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2015, p. 467).

As normas produzidas nas últimas duas décadas demonstraram a transição de um modelo de gestão contratual de mera fiscalização das empresas contratadas para outro em que a Administração Pública é obrigada a exercer diretamente as atribuições que constituem algum risco aos direitos trabalhistas. Em outras palavras, se antes a eventual responsabilização do Estado se baseava em culpa *in vigilando*, atualmente ela decorre de falha na atuação comissiva da Administração, considerada descumprimento direto de obrigação legal.

A Lei 8.666/93 mencionou a necessidade de um representante da Administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato administrativo.¹⁰⁵ A mesma norma é rememorada, em 1997, no art. 6º do Decreto nº 2.271, mais especificamente voltada aos contratos de serviços. Nesse sistema, a Administração se mantém em um papel de fiscal, verificando se a terceirizada está cumprindo com suas obrigações perante seus empregados, como a quitação dos encargos sociais trabalhistas.

Em caso de irregularidade, há jurisprudência reconhecendo à Administração a possibilidade de retenção do pagamento à empresa contratada,¹⁰⁶ mas tal medida ocorre *a posteriori*, sendo ineficaz na prevenção da violação de direitos trabalhistas. Por esse motivo, aumentou-se a frequência de violações exatamente no período final da vigência dos contratos, onde também devem ser pagas verbas rescisórias que em muito encorpam o *quantum* destinado aos obreiros¹⁰⁷.

Na tentativa de diversificar e de potencializar o arcabouço de instrumentos protetivos dos direitos trabalhistas, editou-se a Instrução Normativa nº 02/2008-

¹⁰⁵ Lei 8.666/93, Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

¹⁰⁶ Cf. Tribunal Regional Federal da 2ª Região no MS 200902010030875, Plenário, julgado em 10.06.2010, bem como o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1241862/RS, de relatoria do ilustre Ministro Mauro Campbell Marques em 28.06.2011.

¹⁰⁷ Cf. ACÓRDÃO Nº 1214/2013 – TCU – Plenário.

SLTI/MPOG¹⁰⁸. Essa iniciativa obrigou a Administração Pública a atuar de forma mais ativa pelos trabalhadores, desde o planejamento, o termo de referência e a lavratura do instrumento convocatório, passando pela fase executória do objeto contratado, até a etapa pós-executória com a eventual aplicação de penalidades mesmo após o término da vigência contratual. Os constantes aperfeiçoamentos de seu texto normativo, em 2009, 2013, 2014, 2015¹⁰⁹ e, mais recentemente, as novas regras introduzidas pela IN nº 05/2017-SLTI/MPOG reforçaram ainda mais as ferramentas da Administração em prol do obreiro.

Dentre as inovações normativas visando à proteção do empregado, destaca-se a regulamentação da conta vinculada, onde a Administração deve depositar valores destinados a férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias dos trabalhadores da contratada.¹¹⁰ Trata-se de valor mensal significativo, totalizando entre 32,82% e 33,25% incidentes sobre a remuneração dos empregados, que em parte se cumula durante até 60 meses para o termo final do contrato. Conforme as novas regras, a Administração Pública, em vez de confiar à contratada a gestão desse patrimônio de seus empregados, ela mesma administra a conta bancária vinculada ao contrato em questão, calculando, retendo e pagando diretamente os trabalhadores.

Trata-se à primeira vista de um retrocesso na desoneração do foco de servidores estatais em atividades meio, uma vez que eles foram incumbidos de realizar as centenas de cálculos trabalhistas e operações financeiras que as próprias empresas contratadas preferem deixar a cargo de escritórios de contabilidade especializados. Mesmo os profissionais em folha de pagamento e em contabilidade dos órgãos e entes públicos não possuem a expertise necessária para lidar com a CLT e o pagamento de trabalhadores do setor privado.

¹⁰⁸ A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão é responsável por normatizar, desenvolver e fomentar políticas públicas em sua área de atuação e suas Instruções Normativas (INs) têm efeito vinculante para toda Administração Pública federal. Por se tratar de órgão referencial em gestão pública, os diversos entes da federação recebem essas normas por meio de decretos e leis, ampliando ainda mais o alcance prático dessas iniciativas.

¹⁰⁹ Trata-se de alterações do texto original da IN nº 02/2008 pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa nº 4 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 5 de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 6 de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 3, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 4 de 19 de março de 2015.

¹¹⁰ Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG, art. 19-A, I, c/c art. 36, §7º.

Por outro lado, a carência de procedimentos preventivos na terceirização de serviços expunha a Administração Pública a um alto risco de sua responsabilização subsidiária pelas não raras violações de direitos trabalhistas. Diversas foram as condenações judiciais que obrigaram a Fazenda Pública a pagar aos trabalhadores valores que já haviam sido repassados às empresas terceirizadas,¹¹¹ demonstrando que o mercado da terceirização não seguia ainda um formato seguro e eficiente para a Administração Pública.

Em 2000, o TST alterou sua Súmula 331 para impor à Administração Pública tomadora de serviços sua responsabilidade subsidiária caso a empresa terceirizada não honrasse suas obrigações perante os empregados. O rigor desse entendimento só foi revisado após o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, no final de 2010, onde o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Administração deveria ser responsável pela inadimplência da terceirizada apenas se fosse omissa com suas obrigações de fiscalização. Como consequência, adequou-se a súmula do TST:

TST, Súmula 331, V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. (Inserido - Res. 174/2011 - DeJT 27/05/2011).

Não foram essas as primeiras iniciativas legislativas de provocar a Administração Pública a atuar de forma mais ativa na consecução de interesses públicos diversos. Na seara das contratações públicas, tema nuclear deste artigo, os órgãos e entes públicos fizeram a transição da postura meramente fiscalizadora para a comissiva garantidora de receita tributária muito antes de se voltar, com o mesmo empenho, aos direitos trabalhistas fundamentais.

¹¹¹ Como exemplos, citamos as decisões recentes do TRT10 no processo nº 01246-2014-012-10-00-8-RO e no 00771-2014-010-10-00-3-RO, ambos julgados em 10/06/2015.

Contratos públicos e a proteção da receita tributária

Ao construir seu formato de execução indireta, o Estado brasileiro se ocupou não só de definir regras procedimentais de escolha do contratado e de privilégios na relação com o setor privado, como também buscou acessoriamente fomentar o atendimento de políticas públicas (*e.g.* desenvolvimento sustentável,¹¹² proteção da indústria nacional¹¹³ e estímulos ao micro e pequeno empreendedor),¹¹⁴ e a garantia de interesses públicos, como a proibição da exploração de trabalho infantil¹¹⁵ e o cumprimento das obrigações tributárias.¹¹⁶

Os contratos administrativos, nesse aspecto, diferenciam-se dos acordos de vontade privados por obrigatoriamente comportar, em seu planejamento e em sua execução, preocupações que ultrapassam o mero cumprimento do objeto primário da avença. Ou seja, a contratação de copeiros para uma repartição pública envolve, por parte da Administração Pública, não só a preocupação no funcionamento eficiente de sua copa, mas também no respeito a diversos direitos coletivos e na cooperação em prol de interesses públicos que circundam a contratação a ser realizada, como a capacitação para racionalização do uso da água, a certificação do grão de café utilizado, a manutenção de parte dos empregados da contratação anterior e a subcontratação de micro e pequenas empresas para o fornecimento de insumos, vestuário e equipamentos de proteção individual.

Dentre os diversos interesses públicos que um contrato administrativo pode atender, encontra-se a proteção da receita de tributos decorrentes de contratos com a Administração Pública. A relevância dessa medida é justificável pela vultosa quantia

¹¹² Lei 8666/93, Art. 3º, caput, 1ª parte.

¹¹³ Lei 8.248/1991, art.3º; Decreto 7.810/2012; Decreto 7.812/2012; Decreto 8.184/2014; e Decreto 8.223/2014.

¹¹⁴ Constituição Federal, art. 170, IX: "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País"; Lei Complementar Federal no 123/06; e, no Distrito Federal, Decreto 35.592/2014.

¹¹⁵ Lei 8.666/1993, art. 27, V; e Constituição Federal, art. 7º, XXXIII: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

¹¹⁶ Lei 8.666/1993, art. 27, IV.

movimentada anualmente no Brasil de forma direta em contratações pelo setor público: entre 10% e 15% do PIB nacional, ou cerca de 600 bilhões de reais para 2015.¹¹⁷

Na vigência da Constituição Cidadã, a preocupação com a arrecadação tributária nos contratos administrativos foi garantida por força do art. 64, §1º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Desde então, o órgão ou entidade da Administração, ao efetuar pagamento a uma prestadora de serviços, tem a obrigação de reter os tributos que incidem sobre esse fato gerador:

Lei nº 9.430/96, art. 64. Os pagamentos efetuados por órgãos, autarquias e fundações da administração pública federal a pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços, estão sujeitos à incidência, na fonte, do imposto sobre a renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição para seguridade social - COFINS e da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 1º A obrigação pela retenção é do órgão ou entidade que efetuar o pagamento.

O mesmo intuito foi seguido, na mesma década pelo Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) no Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999,¹¹⁸ obrigando os tomadores de serviços a reter, na fonte, 1,5% sobre o valor da fatura que lhes foi apresentada pelo prestador. Em seguida, a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, estabeleceu garantia análoga em relação ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

Assim, ao contabilizar os acertos de contas com sua contratada, o ente pagador separa a parcela referente aos impostos e lança o crédito diretamente à conta de receita da União. Essa sequência de atos exige, naturalmente, sua parcela de trabalho dos servidores públicos, capacitação, insumos, controle e demais ônus provenientes do aumento da burocracia pública.

De forma analítica, verifica-se que o legislador pátrio optou por onerar a Administração com custos administrativos de processamento contábil e financeiro que

¹¹⁷ As informações são do Ministério do Meio Ambiente (<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/licitação-sustentável> – acesso em 26/07/2015). Também o SEBRAE trouxe em uma publicação de 2014 números semelhantes: “Esse poder de compras (aquisição + contratação) movimenta em torno de 10% a 15% do PIB Nacional o que alcança as cifras de aproximadamente 500 bilhões de reais/ano.” (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae. Compras Públicas: um bom negócio para sua empresa. Brasília: Sebrae, 2014. p. 03).

¹¹⁸ Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, art. 647. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional (Decreto-Lei nº 2.030, de 9 de junho de 1983, art. 2º, Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 1º, inciso III, Lei nº 7.450, de 1985, art. 52, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 6º).

outrora eram assumidos exclusivamente pelas contratadas em vez de a elas confiar o cumprimento de suas obrigações tributárias. Assim, na escolha entre o ônus de aumento da máquina pública ou o risco de inadimplemento tributário pelo setor privado, prevaleceu desde a década de 90 o primeiro, que melhor protege o erário.

Resultados

A diretriz constitucional de se conferir eficácia imediata aos direitos e garantias sociais exige da Administração Pública diligências que devem ultrapassar a mera atividade de fiscalização e controle posterior dos atos de suas contratadas. O dever de proteção pelo Estado (*Schutzpflicht des Staats*) se consubstancia com práticas proativas e voltadas à prevenção.

Essa postura é gradualmente perceptível nas relações de terceirização na Administração Pública. De forma precursora, a Lei. nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.271/97 continham dispositivos com objetivos de fiscalização e proteção dos trabalhadores. De forma mais contundente, surgiram pelo Executivo a Instrução Normativa nº 02/2008-SLTI/MPOG e pelo Judiciário, em 2010 e em 2011, alterações no Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Observa-se que, nas últimas duas décadas, a Administração Pública foi obrigada a, cada vez mais, atuar ativamente na proteção dos empregados das terceirizadas.

Se por um lado, firma-se a percepção otimista de que o Estado se mobiliza cada vez mais para garantir aos direitos sociais fundamentais sua eficácia imediata, por outro, incumbe ao presente trabalho demonstrar que tal modernização foi demasiado tardia. A Lei nº 9.430/96, por exemplo, desde aquela década obrigava a Administração Pública a zelar pela receita tributária, conferindo à Fazenda Pública proteção aos seus cofres. Intensificando essa mesma iniciativa, o Decreto nº 3.000/99 e a Lei Complementar nº 113/2003 expandiram o rol de tributos a serem retidos na fonte.

Observando-se a hierarquia de valores jurídicos estabelecida pela Constituição, deveria o Estado privilegiar a proteção de direitos fundamentais com maior entusiasmo do que o fez em relação a outros interesses públicos. O presente artigo, com esse norte, buscou criticamente apontar que a atenção à proteção ativa dos direitos sociais foi preterida em quase duas décadas quando comparada com iniciativas semelhantes voltadas à proteção da receita tributária relacionada aos contratos administrativos.

Referências

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 2.ed. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado**. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO TRABALHADOR NO PROCESSO: O ÔNUS PROBATÓRIO NA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

67

Sumário: 1. Introdução: síntese sobre terceirização e os direitos do trabalhador. 2. Análise da culpa da Administração Pública na responsabilidade subsidiária. 3. Aferição do ônus probatório da culpa. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução: síntese sobre terceirização e os direitos do trabalhador

Sabe-se que a ideia da terceirização tem como pressuposto identificar tarefas principais de uma determinada organização e, a partir de então, relegar a outras organizações atividades que não estariam inseridas naquele contexto. A perspectiva é, portanto, de enfoque em atividades que poderiam ser identificadas com a competência essencial da organização, não sendo incomum, falar-se em “focalização” quando se trata do tema da terceirização, pois um tema não pode ser dissociado do outro. Trata-se, em suma, de uma opção estratégica entre o “fazer” e o “comprar”¹¹⁹, relativamente às funções que seriam precípuas da organização.

Não é por outra razão que Lei 13.429, de 31 de março de 2017 (oriundo dos Projetos de Lei 30/2015 do Senado Federal e 4330/2004 da Câmara dos Deputados) prevê textualmente no art. 2º, I, como terceirização “a transferência feita pela contratante da execução de parcela de *qualquer de suas atividades* à contratada para que esta a realize

¹¹⁹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), pp. 19-20.

na forma prevista nesta Lei” (grifos não contidos no original), representando uma característica da formatação organizacional contemporânea.

Com efeito, hodiernamente não se questiona como outrora a respeito de atividades típica ou atipicamente desempenhadas pela organização, no sentido de se divisar o que se convencionou a chamar de atividades-fim e atividades-meio. As organizações contemporâneas desempenham variadas formas de atividades que se torna praticamente impossível se estabelecer *a priori* qual seria sua atividade-fim; a variabilidade é tão elástica conforme as contingências de mercado, cada vez mais exigente em relação à necessária adaptabilidade em termos competitivos. Dessa forma, torna-se totalmente contraproducente se estabelecer uma determinada atividade para uma organização que não possa ser alterada no futuro. Assim, qualquer forma de intervenção estatal (seja normativa ou não) nesse sentido, ou seja, de determinar que ramo de atividade econômica deva ser desempenhada por uma organização, poderia representar invasão indevida na livre iniciativa, com repercussões sérias no regime de concorrência de mercado, o que, como se sabe, afeta diretamente toda a coletividade, principalmente os consumidores.

Deve-se ressaltar que a afirmação acima não está a afirmar que não se possa normatizar determinada atividade econômica, pois por vezes, a depender da forma como ela repercute na sociedade, é natural se estabelecer regramentos evitando minorar prejuízos ou riscos à segurança ou saúde públicas ou estabelecer critérios de manutenção ou incentivo à concorrência; o que se quis pontuar no parágrafo anterior é que a intervenção do Estado em procurar definir quais as atividades que determinada organização pode desempenhar deve ser sempre vista com bastante cautela, ou seja, por exceção, de modo a não se configurar um dirigismo econômico nocivo à livre iniciativa.

Essa opção estratégica também é identificada pelos órgãos da Administração Direta e Indireta, considerando que se deve ter sempre presente a necessidade de técnicas gerencias de organização que possam otimizar os atos administrativos de forma geral, considerando o princípio da eficiência que deve pautar esses mesmos atos da Administração.

Portanto, as premissas de se decidir terceirizar também são aplicáveis às organizações públicas, com a ressalva que não se está a considerar do ponto de vista da contratação em si qualquer regime de concorrência, mas sim critérios outros relacionados

à concepção de Administração Pública gerencial¹²⁰. Afirma-se que a perspectiva é diferenciada em relação à contratação, mas isso não significa que não haja relação de concorrência entre os contratados; na verdade, exige-se a existência de um mercado de possíveis contratados de modo a se permitir atingir a eficiência que se espera do contrato administrativo.

Deve-se ressaltar, contudo, que a eficiência não deve ser entendida somente com a simples redução dos custos diretos da contratação, que poderiam ser identificados com os “custos de produção”, mas sim com a otimização de todos os fatores circunscritos ao processo de tomada de decisão, portanto, relacionados mais aos “custos de transação”. Em que pese não com as mesmas palavras, são próximas a essa argumentação as lições de Diogo Figueiredo Moreira Neto ao falar do Paradigma da Eficiência do Estado:

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como o incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um *complexo de resultados em benefício da sociedade* – portanto, uma *eficiência socioeconômica* – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.¹²¹ (grifos contidos no original)

Com efeito, ao se considerar que a eficiência deva repercutir não somente pela perspectiva interna da Administração Pública, mas de modo a mitigar os impactos nocivos à sociedade, as decisões dos gestores públicos tornam-se cada vez mais complexas, porquanto estará presente a necessidade de sopesar as variáveis presentes. A decisão de terceirizar está inserida nesse contexto, pois há um direcionamento normativo para que a Administração Pública relegue determinadas atividades a outras organizações.

¹²⁰ Conforme esclarece Ronny Charles e Fernando Baltar Neto: “Administração pública gerencial: Ela teria surgido na segunda metade do século XX, como resposta à expansão da atuação estatal, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, que expuseram problemas relacionados à eficiência administrativa, fortalecendo a concepção de que é necessária a redução de custos estatais, priorizando o resultado, ao invés da lógica burocrática que prioriza a forma. [...] Não basta que a administração pública evite o nepotismo e a corrupção, ela precisa buscar **eficiência** em sua atuação.” (NETO, Fernando Ferreira Baltar, e TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Coleção Sinopses para Concursos. 5 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p. 44) (grifos contidos no original).

¹²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 103.

Nesse sentido, ao longo da evolução legislativa de contratos administrativos no Brasil, pode-se identificar uma série de instrumentos que tentaram por em relevo, ainda que não expressamente, a perspectiva de “focalização” dos órgãos da Administração Pública, como o Decreto-Lei 200/67, em seu art. 10, §7º¹²², a Lei nº 5.645/70 (art. 3º, parágrafo único)¹²³, a Lei nº 7.102/83 (§2º do art. 10, conforme redação da Lei nº 8.863/94)¹²⁴, a Lei nº 8.666/90 (arts. 6º e 10)¹²⁵, o Decreto nº 2.271/97 (art. 1º, §§ 2º e 3º)¹²⁶ e a Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (art. 8º)¹²⁷.

¹²² “Art. 10 [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

¹²³ “Art. 3º [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

¹²⁴ “Art. 10 [...] § 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.”

¹²⁵ “Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se: [...] VIII Execução indireta a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

Art. 10 As obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas: I - Execução direta; II - Execução indireta, nos seguintes regimes:”

¹²⁶ “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias fundacionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”

¹²⁷ “Art. 8º Poderá ser admitida a alocação de função de apoio administrativo, desde que todas as tarefas a serem executadas estejam previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, admitindo-se pela administração, em relação a pessoa encarregada da função, a notificação direta para a execução das tarefas previamente definidas.”

Obviamente que se poderia colocar em dúvida essa evolução normativa tendo como paradigma a eficiência administrativa nos termos dantes referidos, contudo, deve-se ter presente que ainda é norteador dos atos administrativos o princípio da legalidade, até como instrumento de controle social, representando em última instância a legitimidade administrativa do Estado. Dessa forma, a determinação para que haja contratação externa a determinadas atividades pela Administração Pública deve ser vislumbrada como uma tentativa de se buscar tanto a legitimidade do Estado quanto de sua eficiência.

Em contraponto a essa perspectiva, que teoricamente não teria evoluído na mesma velocidade, é o entendimento de que a jurisprudência trabalhista no Brasil sempre analisou a terceirização com reservas, considerando alguns casos que foram submetidos a sua apreciação e que representavam na verdade uma tentativa de redução de direitos do trabalhador. Não é por outro motivo que começaram a despontar pesquisas acadêmicas que procuraram identificar a terceirização de serviços dentro do contexto da denominada “precarização das relações do trabalho”¹²⁸. Contudo, deve-se ter presente que as tentativas de se diminuir ou até mesmo aniquilar direitos do trabalhador podem ocorrer em qualquer etapa da cadeia produtiva e em qualquer formato ou estrutura organizacional, não somente em relação aos casos de terceirização de serviços.

Com efeito, as condições degradantes que são submetidos vários trabalhadores brasileiros fez com que se estabelecesse uma percepção negativa do processo de terceirização seja em relação às organizações públicas ou não, porquanto a prática forense revelava que os empregadores utilizavam a opção organizacional como um instrumento de redução de custos diretos, que por sua vez representava na redução dos direitos do trabalhador. Ocorre que, conforme se demonstrou acima, as razões que deveriam levar uma tomada de decisão a terceirizar não deveria ser simplória a esse aspecto, mas sim deveria envolver todo o plexo de variáveis relacionadas à atividade, seja no tocante à concorrência de mercado (falando-se mais especificamente à iniciativa privada) seja em relação à eficiência administrativa (considerando-se a Administração Pública). Perceba-se que a terceirização pode inclusive representar aumento dos custos diretos de contratação (inclusive é a normalidade de um processo correto de terceirização), isso

¹²⁸ A título de exemplificação de estudos que procuram identificar a “precarização das relações” do trabalho com a terceirização, vide a relação constante em SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), p. 170.

torna-se relativamente evidente ao se comparar a contratação de uma organização para desempenhar determinada atividade ao invés de se estabelecer um certame público para contratação de pessoal (concurso público). Ocorre que se a análise for relacionada somente a esse aspecto se estaria a utilizar como referência os custos de produção e não os custos de transação, que envolve uma análise mais complexa que perpassa inclusive com os custos de fiscalização, investimento e reutilização de ativos específicos e ambiente negocial.

Portanto, a jurisprudência trabalhista ao encarar o processo de terceirização com “preconceito” não se revela de todo trivial, porquanto em verdade muitos dos casos que são submetidos à apreciação jurisdicional revelam antes uma nítida tentativa de redução de custos imediatos (portanto, de produção) com reflexos nocivos ao trabalhador. Contudo, essa “pré-compreensão” atinge de forma negativa toda e qualquer formatação organizacional que fuja do padrão clássico típico da relação de emprego, inclusive a terceirização. Ocorre que, se bem percebido o fenômeno da terceirização, percebe-se que ela simplesmente se relaciona com os aspectos aqui já referidos, e não somente com a redução dos custos de produção; toda e qualquer discussão que aponte os benefícios ou prejuízos advindos da terceirização que se relacione exclusivamente à redução de custos imediatos estará fadada a inocuidade por duas razões: 1ª) a terceirização é um processo organizacional muito mais complexo que não se relaciona somente à redução de custos imediatos (aliás, conforme se observou acima, esse aspecto pode até ser elevado, o que é comum); 2ª) caso se insista nessa perspectiva errônea, não há outra alternativa do que se repelir toda e qualquer contratação que tenha por objeto o simples prejuízo do trabalhador.

Não é por outra razão que se verifica de forma salutar o disposto no mesmo Projeto de Lei 30/2015 (oriundo do PL 4330/2004 da Câmara dos Deputados) ao referir que se presentes os elementos da relação de emprego não se estará presente a terceirização:

Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, **exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** (grifou-se)

Portanto, dentro desse cenário, deve ser frisado que a terceirização não é um mal em si, mas simples estratégia organizacional que envolve diversos fatores condizentes à tomada de decisão, onde a melhor abordagem se relaciona à consideração dos custos de transação. Contudo, a permanecer o panorama atual do entendimento rigoroso da jurisprudência brasileira, coloca-se em risco as opções estratégicas de se terceirizar, seja pela iniciativa privada ou pública. É o que se percebe claramente do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A atual redação do entendimento sumular foi conferida pela Resolução nº 174/2011 do TST, em face do julgamento proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) em face da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 que questionava a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei nº 8.666/90, que textualmente isenta de responsabilidade o tomador de serviços¹²⁹⁻¹³⁰. Como se pode perceber, em que

¹²⁹ “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

¹³⁰ Ementa de julgamento da ADC/16: “RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e

pese o julgamento do STF a respeito da constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/90, o fato é que, diante da nova redação da Súmula nº 331, ainda permanece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços terceirizados.

O que se procura analisar nas linhas seguintes é o limite da responsabilização do tomador de serviços, considerando que entendimento do TST pressupõe atualmente a conduta culposa da Administração Pública.

2. Análise da culpa da Administração Pública na responsabilidade subsidiária

Conforme já ressaltado, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido consubstanciado na ADC nº 16 proposta pelo Governador do Distrito Federal, conforme a seguinte ementa:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência contratual do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. consequência proibida pelo art., 71, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita art. 71, §1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Durante o julgamento houve grandes debates a respeito do tema. Primeiramente pelo argumento da ausência de controvérsia suficiente a ensejar a admissibilidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade – tese adotada pelo Ministro Cezar Peluso. Felizmente, graças à experiência do Ministro Marco Aurélio – eis que egresso do Tribunal Superior do Trabalho -, foi conhecida a ação e teve o seu mérito analisado pelos integrantes da Corte. E de fato não poderia ser diferente, considerando que havia séria controvérsia a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, porquanto

automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.”

na prática a Justiça do Trabalho ignorava frontalmente o seu teor¹³¹.

Quanto ao mérito em si, a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei de Licitações, o STF entendera compatível referido dispositivo com a Constituição.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia:

A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo do agente público que aja nesse qualidade

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, §1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o ‘dano’ considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público

Perceba-se que essa linha de argumentação significa afirmar que o dispositivo legal estaria correto e não se poderia falar em responsabilidade da Administração Pública com base na teoria da responsabilidade objetiva, conforme parte da jurisprudência estava a se manifestar

Contudo, verifica-se uma mudança de enfoque que norteou a novel redação da Súmula nº 331 do TST, que pode ser claramente percebida pela seguinte passagem do Voto da Ministra Cármen Lúcia:

26. Por outro lado, não se pode acolher o argumento, muitas vezes repetido nas peças apresentadas pelos *amici curiae* desta ação, de que “a Administração Pública não tem meio de evitar o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas”.

Desde o processo licitatório, a entidade pública contratante deve exigir o cumprimento das condições de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal) e fiscalizá-las na execução do contrato.

[...] Todavia, é inegável que, em atenção ao princípio da legalidade, a Administração Pública não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados, do que dá notícia legal a norma agora posta em questão.

Diante desse entendimento, que parece ter sido acolhido pela maioria dos membros da Corte Excelso, o TST mudou a redação da Súmula 331 para incluir o seguinte texto:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

¹³¹ Sobre a existência de controvérsia, *vide* o voto da Ministra Carmen Lúcia, especialmente às fls. 10 e 11 do Acórdão da ADC n. 16/DF.

evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, **especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora** (grifou-se)

Outro ponto digno de destaque no Voto da mesma Ministra, é a seguinte passagem:

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

76

Referido entendimento corresponde à percepção correta de não se admitir assunção automática da responsabilidade sem analisar o caso concreto, porquanto os argumentos corriqueiros na Justiça do Trabalho imputavam a culpa da Administração pelo simples fato de haver alguma demanda judicial em curso. Com esse entendimento do STF, o TST se viu obrigado a também revisar o texto da Súmula n. 331, especificamente a parte final do item V, nos seguintes termos:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, **especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.** (grifou-se)

Portanto, considerando o julgamento do STF e a nova redação da Súmula n. 331 do TST, tem-se a seguinte situação:

- a) Haverá a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, em que pese a redação do art. 71, §1º, da Lei de Licitações isentá-la;
- b) Contudo, a responsabilidade somente será possível quando houver culpa comprovada da Administração em não fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços, evidenciando se tratar de responsabilidade subjetiva; e
- c) A análise de culpa da Administração somente pode ocorrer em cada caso; somente a situação concreta dos autos é que poderá atestar a responsabilidade subjetiva.

A primeira questão que se coloca é: que elementos são comprobatórios de culpa

da Administração? Embora o sistema jurídico-processual não adote um sistema tarifado de provas, o que induziria à conclusão de que qualquer elemento poderia ser utilizado, alguns indicativos podem ser utilizados, como é o caso da IN n. 02/2008 e da própria Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Com efeito, de acordo com o art. 19 da IN n. 02/2008, para a contratação de serviços contínuos deve-se conter no edital de licitação:

a) o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços a ser preenchido pelas empresas proponentes com as informações necessárias à composição do preço do contrato, indicando a quantidade de empregados necessários à execução do contrato e todos os dados complementares para o cálculo do custo desta mão de obra, com valores unitários por empregado relativos a salário, gratificação natalina, férias, adicionais, transporte, alimentação, uniformes, assistência médica, treinamentos e todos os demais direitos previstos em acordos e convenções coletivas, conforme modelo previsto no Anexo III da referida IN (inciso III);

b) a indicação dos acordos ou convenções coletivas que regem as categorias profissionais vinculadas à execução do serviço por ocasião da proposta (inciso IX);

c) a execução completa do contrato só acontecerá quando o contratado comprovar o pagamento de todas as obrigações trabalhistas referente à mão de obra utilizada, quando da contratação de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra (inciso XVIII); e

d) a garantia, com validade de 3 (três) meses após o término da vigência contratual, com a previsão expressa de que esta garantia somente será liberada ante a comprovação de que a empresa pagou todas as verbas rescisórias trabalhistas decorrentes da contratação, e que caso esse pagamento não ocorra até o fim do segundo mês após o encerramento da vigência contratual, a garantia será utilizada para o pagamento dessas verbas trabalhistas diretamente pela Administração, conforme estabelecido no art. 19-A, IV, da IN (inciso XIX).

É possível que se tenha no Edital da licitação também a previsão da “Conta Vinculada”, prevista no art. 19-A da IN/SLTI n. 02/2008, que estipula o provisionamento e a retenção de valores relativos ao preço do contrato, para o pagamento direto de remuneração de férias, gratificação natalina, verbas rescisórias e depósitos de FGTS dos empregados da empresa terceirizada, assim como para efetuar descontos nas faturas e realizar o pagamento direto de quaisquer direitos trabalhistas que vierem a ser

inadimplidos pela empresa contratada¹³². Embora não seja obrigatória tal previsão, considerando a prática forense, referida conta revela-se muito útil ao gestor público.

Perceba-se que estipulação semelhante é encontrada no art. 9º do Projeto de Lei 30/2015 (oriundo do PL 4330/2004 da Câmara dos Deputados):

Art. 9º Os contratos relativos a serviços continuados podem prever que os valores provisionados para o pagamento de obrigações de natureza trabalhista e previdenciária dos trabalhadores que tenham sua atividade integralmente voltada para a execução do serviço contratado sejam depositados pela contratante em conta vinculada aberta no nome da contratada e em face do contrato, que somente poderá ser movimentada por ordem da contratante.

Parágrafo único. Entendem-se por serviços continuados, para os fins deste artigo, aqueles cuja necessidade de contratação estenda-se por mais de um exercício financeiro e com continuidade.

Obviamente que o Projeto possui uma abrangência limitada à iniciativa privada, mas possui certa correlação à terceirização pela Administração Pública. Da mesma forma, o provisionamento de valores referidos acima ocorre como mais uma garantia do trabalhador do prestador de serviços terceirizados e que pode minorar os efeitos deletérios para o tomador de serviços.

Já na fase de habilitação deve-se exigir das empresas licitantes a comprovação de regularidades fiscal e trabalhista, evidenciada esta pela Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) (Lei nº 8.666/93, arts.27, V, e 29, V, conforme redação dada pela Lei n. 12.440, de 7 de julho de 2011).

De acordo com o art. 44, § 3º, da Lei n 8.666/93, na fase de julgamento das propostas, os preços propostos devem ser compatíveis com o custo dos encargos sociais e trabalhistas, e, caso se verifique alguma inexecutabilidade nas propostas, a Administração Pública poderá adotar diversas providências voltadas a aferir a observância dos direitos e insumos que devem compor o preço do serviço, como a verificação de acordos e convenções coletivas aplicáveis aos trabalhadores da empresa proponente, a consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego, bem como a verificação de outros contratos que o proponente mantenha com a Administração ou com a iniciativa privada, para aferir o patamar de suas obrigações trabalhistas.

¹³² Dispositivo semelhante se encontra na Resolução nº 98/09 do Conselho Nacional de Justiça, bem como na Lei Distrital nº 4.636, de 23 de agosto de 2011.

Após a formalização do contrato, de acordo com os arts. 34 e 36 da IN/SLTI n. 02/2008, incumbe à Administração durante a execução do contrato, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada sejam exigidas comprovações: de regularidade para com o INSS e FGTS; de pagamento de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; de fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação quando cabível; de pagamento do 13º salário; de concessão de férias e correspondente pagamento de adicional; de realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; de fornecimento de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; do cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de cumprimento, enfim, de todas as demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

Nesta linha, é de crucial aplicação o disposto no art. 40 da mesma IN 02, corroborado pelo entendimento constante no Parecer Vinculante JT n. 02, de 26 de fevereiro de 2009, que permite a repactuação de contratos administrativos, fazendo face, assim, também a reajustes previstos em convenções e acordos coletivos¹³³⁻¹³⁴.

Revela notar ainda que o art. 36 da IN informa que a Administração, no ato de pagamento da prestação mensal do serviço, exija da empresa a comprovação do pagamento de todas as suas obrigações trabalhistas relativas à fatura anterior, sob pena de retenção do valor da fatura para pagamento direto aos trabalhadores.

Com efeito, processos administrativos que imputem responsabilidade por descumprimento contratual ao prestador de serviços são parâmetros suficientes a ilidir qualquer responsabilização, pois as cláusulas do contrato administrativo estipulam que há a obrigatoriedade do empregador honrar com seus compromissos perante o trabalhador. Assim, diante de notícia ao fiscal do contrato administrativo (conforme previsão do art. 67 da Lei nº 8.666/93), a Administração age no sentido de exigir explicações sobre o

¹³³ Após a aprovação presidencial, nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar n. 73, de 1993, os entendimentos firmados sobre a matéria no citado opinativo passaram a ser vinculantes para Administração Federal, ficando seus órgãos obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

¹³⁴ “Repactuação como espécie de reajustamento - Termo a quo do prazo de um ano para requerer a repactuação - efeitos financeiros da repactuação - termo final para requerer a repactuação” (DOU, 06.03.2009, Seção 1, página 1)

descumprimento de obrigações trabalhistas, pode-se desencadear apuração de responsabilidade administrativa da organização que presta serviços terceirizados, inclusive a extinção do pacto (conforme art. 78 da Lei nº 8.666/93).

Contudo, isso deve ser analisado com cautela, pois pode ocorrer que o prestador de serviços responda de forma positiva, no sentido de reconhecer que está inadimplente com seus trabalhadores, mas se compromete a sanar a situação. Nesse caso, entende-se que a Administração agiu com zelo no cumprimento de suas obrigações fiscalizatórias, não podendo ser responsável se houve informação equivocada ou até destoadada da realidade por parte do prestador de serviços terceirizados. A imputação de responsabilidade somente seria possível quando a Administração, conhecedora formalmente de uma situação de inadimplência trabalhista, não toma qualquer providência.

Referida consideração tem como base uma discussão que provavelmente entrará no cerne dos debates judiciais que é a perquirição a respeito da natureza da obrigação fiscalizatória da Administração: trata-se de obrigação de meio ou de resultado? Ao se considerar como uma obrigação de meio, qualquer medida que vise evitar o estado de inadimplência do empregador perante seus trabalhadores seria suficiente para afastar a responsabilidade. Por outro lado, ao se adotar a posição como obrigação de resultado, a Administração teria que evitar que qualquer dano ocorresse com o trabalhador, exigindo uma atuação mais incisiva nos contratos de trabalho.

Nesse aspecto, importaria considerar a natureza da obrigação da Administração Pública na execução dos contratos terceirizados, conforme os elementos que se extraem das observações até aqui lançadas.

Com efeito, é corrente a divisão entre obrigações de meio ou de resultado, sendo que as primeiras são identificadas quando se procure atingir algo enquanto nas segundas deve-se atingir o mesmo algo:

Nas “prestações de meios”, a actividade desenvolvida seria, apenas a “prosecução de determinado objetivo”, com diligência, mas independentemente da sua obtenção; nas ‘obrigações de resultados’, o devedor estaria adstrito à “efectiva obtenção do fim pretendido”. Assim, a prestação de serviço do médico, seria, “apenas, de meios”: o médico não deve curar o paciente mas tão só fazer o que cientificamente seja possível, nesse sentido. A prestação do empreiteiro seria, antes, de “resultados”: nesse caso, ela consubstancia a efectiva realização da obra ajustada (CORDEIRO, 1986, p. 358).

Interessa observar que a doutrina clássica¹³⁵ aduz da inutilidade de se falar nesse tipo de classificação de obrigações ao se falar de responsabilidade extracontratual, como seria o caso da responsabilidade subsidiária prevista na Súmula 331 do TST, tendo em vista não se falar em autonomia da vontade nesses casos, e, portanto, mais adequadas às esferas contratuais.

Contudo, considerando que se está a imputar a responsabilidade da Administração Pública pela sua falta de diligência, acaba-se por romper com esse entendimento clássico da doutrina, pois se cria um misto de responsabilidade extracontratual advindo de uma obrigação contratual; portanto, para fins de se poder diagnosticar a diligência do tomador de serviços não há outra alternativa senão a de adentrar naquela classificação.

Dessa forma, a única possibilidade possível de se enquadrar a responsabilidade da Administração Pública seria a que fosse decorrente de uma obrigação de meio. Com efeito, ao considerar como uma obrigação de meio, qualquer medida que vise evitar o estado de inadimplência do empregador perante seus trabalhadores seria suficiente para afastar a responsabilidade. Por outro lado, ao se adotar a posição como obrigação de resultado, a Administração teria que evitar que qualquer dano ocorresse com o trabalhador, exigindo uma atuação mais incisiva nos contratos de trabalho. Ocorre que essa última postura é praticamente irrealizável, pois não há como garantir o pagamento total de todos os direitos que possam ser reivindicados pelos trabalhadores, pois isso seria assumir uma responsabilidade pelo risco integral (responsabilidade objetiva extremada) ao mesmo passo que seria antever uma eventual postulação judicial que não tenha uma base real dos fatos por ocasião do inadimplemento do empregador. Nessa linha de entendimento parece ser o que procurou recomendar o TCU, tendo em vista que afirma a utilização de base estatística para fins de fiscalização das obrigações do prestador de serviços.

Portanto, a adoção da natureza obrigacional como de meio seria a medida mais correta e condizente com o atual entendimento do TST. Contudo, e isso deve ser frisado, a fiscalização meramente formal não poderia ser considerada para tanto, e sim que os atos da Administração são legítimos e que visem aquele resultado, embora, reconheça-se, não

¹³⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coordenador) *Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 348.

seja algo possível em muitos casos. O que importa, portanto, seria o *animus* dos agentes públicos envolvidos no sentido de resolver o problema dos trabalhadores terceirizados, mas isso não pode significar na assunção e conseqüente responsabilidade por todo e qualquer dano ao trabalhador, até porque alguns “danos” ao trabalhador possuem uma nítida dose pessoalidade que seria intransferível ao tomador de serviços, como o assédio moral ou sexual¹³⁶.

Em face desse problema, alguns gestores públicos, mesmo antes do julgamento do STF buscavam alternativas a fim de buscar valer os direitos dos trabalhadores. Por vezes, diante do estado de insolvência dos prestadores de serviços, algumas práticas se tornaram corriqueiras pelos gestores públicos: como a) a assunção total dos serviços, na forma do art. 80 da Lei de Licitações¹³⁷, como pagamento administrativo direto aos trabalhadores (embora possível, as conseqüências desse tipo de procedimento são temerárias); b) acordos mediados com o Ministério Público do Trabalho ou com as Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego; e c) medidas judiciais de bloqueio e pagamento judicial, ou autorização equivalente.

Na última alternativa citada, deve-se registrar a iniciativa da Advocacia-Geral da União, especialmente por intermédio de sua Procuradoria Regional da União da 1ª Região, no sentido de propositura de ações cautelares e civis públicas, visando evitar qualquer questionamento futuro a respeito de responsabilidade e propiciando, assim, o prevalecimento dos direitos dos trabalhadores terceirizados.¹³⁸

¹³⁶ Obviamente que se poderia questionar a possibilidade de se houver dado ciência ao gestor público da ocorrência de determinadas situações mas nada se fez para coibir; os exemplos acima trabalham com a hipótese de desconhecimento objetivo do tomador de serviços.

¹³⁷ “Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.”

¹³⁸ A Procuradoria Regional da União da 1ª está localizada em Brasília e é órgão de execução da Procuradoria-Geral da União. Devido ao contato próximo com a administração central do país, é um

Embora medidas como essas sejam uma prova incontestável do *animus* da Administração em fiscalizar e evitar a situação prejudicial aos trabalhadores, o fato é que tais medidas não podem ser taxativas, razão pela qual se entende que um simples procedimento administrativo no sentido de buscar fiscalizar as condições originais do contrato seja suficiente para evitar a responsabilidade, desde que lícito e de boa-fé.

Ademais, a situação é complexa na prática, tendo em vista que a Administração pode condicionar o pagamento ao prestador de serviços por ocasião da apresentação da fatura mensal de serviços; ocorre que tal medida pode acarretar também em não pagamento aos trabalhadores, tendo em vista que haveria a sustação enquanto não houvesse o pagamento¹³⁹. Nessa hipótese, haveria responsabilidade da Administração? Entende-se que neste caso haveria o nexo causal entre o não pagamento ao trabalhador e a conduta da Administração. Ocorre que o pagamento não se realizaria justamente pela fiscalização da Administração. Perceba-se que se está num ciclo de difícil escapatória, daí as iniciativas dos gestores públicos em querer resolver a situação de inadimplência dos trabalhadores por outras formas que não somente a administrativa, como é o caso das medidas judiciais que visem o pagamento direto. Isso tudo, infelizmente, tem aumentado os custos de transação para os contratos de terceirização.

Deve-se considerar que o Tribunal de Contas da União por intermédio da TC-006.156/2011-8, publicara o Acórdão nº 1.214/2013-Plenário tecendo várias recomendações à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, com o fito de aprimorar a fiscalização por parte da Administração Pública para fins de evitar a responsabilidade subsidiária.

Dentre as recomendações constantes no referido julgado, podem-se destacar as seguintes:

ambiente propício a inovações jurídicas e judiciais. A ideia de uma ação civil pública surgiu do período em que estivemos no cargo de Coordenador de Ações Trabalhistas, visto que as ações cautelares ficavam sempre à mercê de uma ação principal, enquanto os trabalhadores tinham que aguardar o desfecho final para o recebimento de seus créditos. Hoje a propositura de ações civis públicas pela União contra os prestadores de serviços terceirizados, sempre por iniciativa dos órgãos tomadores de serviços, é uma rotina naquela Regional, figurando com relativa aceitação no Judiciário do Distrito Federal.

¹³⁹ Ressalte-se que isso é mais corriqueiro do que se imagina, principalmente por problemas de restrição financeira por algum problema fiscal. Obviamente que a questão é exponenciada com débitos trabalhistas.

- 1) prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;
- 2) que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento;
- 3) somente sejam exigidos documentos comprobatórios da realização do pagamento de salários, vale-transporte e auxílio alimentação, por amostragem e a critério da administração;
- 4) seja fixado em contrato como falta grave, caracterizada como falha em sua execução, o não pagamento do salário, do vale-transporte e do auxílio alimentação no dia fixado, que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação de sanção pecuniária e da declaração de impedimento para licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.520/2002;
- 5) a fiscalização dos contratos, no que se refere ao cumprimento das obrigações trabalhistas, deve ser realizada com base em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado; e
- 7) houver previsão contratual de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais.

Obviamente que o TCU fez diversas recomendações no julgado, além de fazer outras tantas observações mais pormenorizadas a respeito do que se espera da Administração ao terceirizar um serviço continuado.

O primeiro ponto a se registrar é que, diante desse cenário, o modelo de terceirização é rompido absolutamente, pois a decisão não se resumiria mais a “comprar”

ou “fazer”, representando muito mais um “comprar” acrescido de muitos “fazeres”. Referido aspecto sinaliza para um aumento dos custos de transação, tendo em vista as atividades que devem ser desempenhadas pelo gestor público não se resumiriam somente às premissas da Lei 8.666/90. Portanto, o ideal seria que a Administração Pública tivesse condições que pudessem identificar os elementos técnicos para o fim de sopesar a melhor a decisão de contratação, seja hierárquica (concursos) ou vertical (via mercado, portanto, terceirizar). Contudo, isso é uma tarefa complexa pois deve trabalhar com variáveis não rotineiramente pensadas nas esferas de decisão, não podendo simplesmente se adotar o modelo de Planilha de Custos e Formação dos Preços para a prestação de serviços como base decisória. A complexidade das decisões do gestor público (do bom gestor, obviamente) se torna, portanto, ainda mais difícil.

Perceba-se que dentre as recomendações acima referidas encontra-se a possibilidade de pagamento direto dos salários aos trabalhadores terceirizados, bem como dos recolhimentos das respectivas contribuições previdenciárias e ao FGTS.

Existe um grande complicador nesse tipo de solução, porquanto não há como o gestor ter conhecimento real da grande maioria dos contratos de trabalho de seu prestador de serviços (principalmente os com grande trabalhadores e em mais de uma localidade), sendo por essa razão que nas mesmas recomendações à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento encontra-se possibilidade de aferição estatística das falhas contratuais do empregador e não somente de alguns casos pontuais de falta de pagamento. Ocorre que caso o gestor público não identifique na sua aferição estatística qualquer falha, mas por alguma razão ainda persistir a falha contratual-empregatícia do prestador de serviços, ainda assim permaneceria aberta a discussão da responsabilidade da Administração.

Ainda nessa linha, dentre aquelas recomendações, o TCU atesta a possibilidade de se efetuar o pagamento em juízo, tendo em vista a impossibilidade prática de a Administração identificar os detalhes da relação de emprego e suas subsequentes implicações financeiras. Perceba-se que, embora o TCU fale em depósitos judiciais, o simples fato de uma “ação de depósito” ou “consignação” não teria a eficácia que se espera para a solução do problema.

Com efeito, na hipótese de retenção de pagamento e respectivo depósito judicial dos valores que deveriam ser creditados ao prestador de serviços, mas que devido às suas falhas como empregador não ocorrem, entra-se num complicador grave, pois o resultado

inexorável é efetivamente o não pagamento aos trabalhadores terceirizados. Em outras palavras: o simples depósito em juízo pode representar na prática justamente o não pagamento dos trabalhadores. Esse ponto é paradoxal, pois a Administração Pública procurando ser zelosa quanto ao cumprimento de suas obrigações contratuais acaba por ao assim agir ocasionar justamente o prejuízo ao trabalhador: nesse aspecto, pode-se dizer que não se trata de culpa da Administração Pública e sim de dolo mesmo.

Obviamente que não se pode ter somente o depósito em juízo como alternativa para a situação de inadimplência do tomador de serviços. Importaria propiciar um outro mecanismo que procurasse efetivar o pagamento dos trabalhadores diretamente, mas por intermédio do Poder Judiciário. Exemplos dessa iniciativa, conforme acima já referido, são as Ações Cíveis Públicas propostas pela União, por intermédio de sua Advocacia-Geral, que visa, além do bloqueio dos valores (e não depósito) também o pagamento direto aos trabalhadores. Trata-se de uma forma mais eficaz e que acaba por reduzir as possibilidades de ausência de pagamento a algum trabalhador e não se adentra nas questões levantadas acima a respeito da natureza da obrigação (meio ou resultado).

3. Aferição do ônus probatório da culpa

Ao se adotar a noção de responsabilidade subjetiva da obrigação da Administração Pública, entendendo-se que se trata de um tipo de obrigação de meio, conforme acima exposto, questão que se exsurge se relaciona atribuição do ônus probatório.

Como regra geral, é ônus de quem alega a produção de provas para fazer face a sua alegação, conforme o art. 333, I, do CPC (redação semelhante se encontra no art. 818 da CLT). Assim, como eventual pedido de responsabilidade da Administração Pública remontaria a necessidade de comprovação de culpa, incumbiria ao reclamante a produção de prova de culpa da Administração, ou seja, que não teria agido no sentido de fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços. Contudo, uma questão que se coloca de forma automática seria como o reclamante poderia provar a não fiscalização? Como provar que algo não aconteceu? Seria hipótese de “fato negativo”? Seria mais sensato, por essa perspectiva, que a Administração produzisse a sua prova demonstrando que

fiscalizou. Ocorre que também é possível ao empregado demonstrar que provocou a Administração no sentido de comunicar a ocorrência de inadimplemento.

Já se teve a oportunidade de afirmar a respeito da impossibilidade de se teorizar a respeito dessa problemática, considerando que somente o caso concreto é que poderia fornecer os elementos necessários para aferição do ônus probatório: “Portanto, não se tem como teorizar a respeito; somente o caso concreto é que poderá dizer a melhor forma de produção de provas, até porque os casos de reclamantes sem assistência de serviços advocatícios devem ser diferenciados, podendo ser o caso de inversão do ônus da prova à Administração.”¹⁴⁰

Com efeito, já se concebe há muito a respeito da transição de uma teoria estática do ônus probatório para uma dinâmica, sendo que está se refere às reais possibilidades de uma parte produzir a prova, independente de quem alega, conforme sintetiza Jorge W. Peyrano: “En tren de identificar la categoría de las 'cargas probatorias dinamicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva”¹⁴¹

Assim, de acordo com a distribuição dinâmica da carga probatória, o ônus recairá considerando a necessidade de demonstração do fato, sendo impertinente considerar se alegado pela parte demandante ou demandada; deve-se considerar somente aquele que se encontra em melhores condições de demonstração do fato.

Conforme esclarece Roberto Vázquez Ferreyra:

[...] estas regras de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a um resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda sua prueba para demostrar que obró com diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa (FERREYRA,

¹⁴⁰ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária*. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP), p. 123.

¹⁴¹ PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Las responsabilidades profesionales - Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992. p. 261 et seqs.

1991, p. 110)

Referida teoria já havia sido bastante difundida pela doutrina brasileira e com grande medida também pela jurisprudência, notadamente em relação às demandas envolvendo o direito do consumidor.

A referida teoria fora de fato incorporada pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no art. 373, §1º:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Dessa forma, devido às condições do caso concreto, o juiz poderá distribuir o ônus probatório de forma diversa que a prevista nos incisos do art. 373 do novo Código de Processo Civil (atualmente a previsão está nos incisos do art. 333 do Código de Processo Civil), desde que haja dificuldade para uma das partes na comprovação do fato ou que seja de alguma forma mais fácil para a outra.

Portanto, a comprovação de culpa da Administração Pública recairá a quem possua melhores condições de o fazê-lo, o que, na maior parte dos casos não será o trabalhador, considerando que os registros de fiscalização e respectiva documentação referente às eventuais penalidades impostas, ou até mesmo a CNDT estariam na esfera de disponibilidade do gestor público.

Importa revelar, outrossim, que na ausência de acerto preciso da culpa da Administração Pública para fins de imputação de sua responsabilidade, entende-se que o magistrado não poderia utilizar inversão do ônus da prova como critério de julgamento, ainda que fosse adotado o princípio balizador do Direito do Trabalho do *in dubio pro operario*.

Com efeito, referida afirmação encontra esteio no entendimento consolidado do STJ em relação a inversão do ônus da prova nas demandas envolvendo direito do consumidor que deve ser aplicado de forma analógica aos processos trabalhistas, devido a percepção comum fundante de hipossuficiência nos dois ramos do Direito:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts.

12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e, 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

A aplicação desse entendimento às lides que perquirem a culpa da Administração para fins de imputação de responsabilidade subsidiária devem ser obviamente aplicadas *mutatis mutandis*, porquanto o essencial não é somente se adotar a inversão como regra de instrução e não de julgamento, mas sim que a parte a qual deva produzir a prova não seja surpreendida, considerando a garantia do contraditório prevista na Constituição brasileira (art. 5º, LIV). Nesse sentido, pontifica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Por fim, registre-se que a inversão do ônus da prova no momento da sentença, sem que tenha havido a indicação prévia às partes nesse sentido, somente violará o princípio do contraditório se não for concedido prazo para a parte que recebe o ônus produzir a prova necessária para vencer a demanda. O problema, na realidade, não é a inversão no momento do julgamento, mas o julgamento sem antes ter se dado aviso às partes a respeito da forma de aplicação da regra do ônus da prova (TARTUCE; NEVES, 2015, p. 593)

Dessa forma, pode-se afirmar que: 1) o ônus da prova de que houve culpa da Administração na fiscalização dos contratos administrativos de prestação de serviços recairá a quem possua melhores condições de produção do fato, o que, como de regra,

será a própria tomadora de serviço terceirizados; e 2) a inversão desse ônus não poderá ser utilizada na fase de julgamento, devendo ser o momento correto na fase de instrução processual ou em momento ulterior que propicie a parte requerida o contraditório.

Em relação ao segundo item acima referido, deve-se considerar que a instrução processual nos processos trabalhistas ocorre ordinariamente após a audiência inaugural, o que significa dizer que caso o magistrado admite a inversão do ônus probatório, isso deverá ocorrer antes da instrução. Obviamente que situações há onde somente em momento posterior o magistrado tomará ciência da deficiência de instrução para o julgamento, o que deverá ser reaberta a instrução desde que não se tenha operado a preclusão processual. Com efeito, se o julgador tiver ciência por ocasião da prolação da sentença a deficiência probatória, caso não tenha realizado a inversão do ônus da prova ainda, não poderá fazê-lo em razão do encerramento da instrução, o que inegavelmente redundará em improcedência dos pedidos de condenação da Administração Pública. Nesse aspecto, seria absolutamente ilegítima a técnica de inversão no julgamento, devido a impossibilidade de se garantir às partes da produção de prova.

Deve-se ressaltar que a posição externada no parágrafo acima é fundamentada no que ordinariamente ocorre processualmente, o que não significa que a depender do contexto processual se verifique outras hipóteses de não preclusão processual, como algum vício processual. Seja como for, referida hipótese de reabertura da instrução processual não poderá ocorrer na instância extraordinária (recursos de revista ou recurso extraordinário), considerando a restrição de discussão probatória nessa fase processual. Caso haja a determinação da reabertura da instrução processual nessa fase se estaria a admitir um processo parcial, porquanto estaria evidente a tentativa de benefício ao trabalhador.

4. Conclusões

Conforme já destacado neste trabalho, a terceirização não é um fim em si mesmo; trata-se de uma opção entre o “fazer” e o “comprar” em termos estratégicos e organizacionais. O atual cenário jurisprudencial encara o processo de terceirização como algo nocivo à sociedade, especialmente aos trabalhadores. Contudo, como aqui defendido, não se pode vislumbrar a decisão estratégica sobre essa perspectiva, pois se estaria somente a examinar o fenômeno por um aspecto apenas, aliás o pior deles, que em

grande medida não representa as razões principais pelas quais há a terceirização. Deve-se considerar essas formas de contratação como um instrumento de estratégia competitiva diretamente para a iniciativa privada ou indiretamente para o setor público, porquanto neste o fim perseguido imediatamente não é a competitividade, mas sim a eficiência.

Contudo, o fato é que a jurisprudência brasileira ao encarar o fenômeno decisório de contratação verifica relações negociais com o nítido propósito de burlar direitos do trabalhador, o que acarretou num entendimento de garantia responsabilizadora do tomador de serviços, seja público ou privado. Diante desse cenário é a previsão da redação atual da súmula 331 do TST, ainda que após a decisão do STF em relação à ADC 16/DF, concernente a aplicabilidade do art. 71 da Lei 8.666/90.

Desenvolveu-se acima algumas balizas de modo a aferir a responsabilidade da Administração Pública, levando-se em consideração que o entendimento atual do TST é que se trata de responsabilidade subjetiva do tomador de serviços. Nesse aspecto, procurou-se indicar parâmetros objetivos de modo a se perquirir ou afastar a culpa da Administração. Ainda nessa linha, fez-se comentários a respeito das recomendações do TCU por intermédio do Acórdão nº 1.214/2013-Plenário no sentido de delimitar a natureza obrigacional da Administração Pública por ocasião de aferição de sua eventual culpa. Deve-se reconhecer que isso não é tarefa fácil, tendo em vista que se passa a romper com modelo de terceirização difundido e aplicado como técnica decisória-gerencial.

Em que pese se entenda que o simples *animus* do agente público seria condição suficiente para tentar diagnosticar o zelo da Administração Pública e, portanto, isentá-la de qualquer responsabilidade pela inadimplência do prestador de serviços, o fato é que somente o caso concreto teria condições de dar melhores contornos do diagnóstico da culpa. Provavelmente a solução mais efetiva, principalmente em grandes contratos com um número elevado de trabalhadores, seja sair da solução meramente administrativa e buscar a alternativa judicial, pois, nesse caso, saindo de uma posição passiva para uma proativa, ao menos ficaria incontestado o *animus* do agente público em querer garantir os direitos dos trabalhadores terceirizados. Nesse aspecto, são louváveis de zelo do erário público e dos direitos dos trabalhadores as medidas judiciais adotadas pela Advocacia-Geral da União, conforme acima referido.

Deve-se, por fim, considerar que a instrução processual probatória em processos que visam atribuir a responsabilidade à Administração Pública como tomadora de serviços terceirizáveis não é tarefa simples. Aqui se defendeu que se deve considerar a

distribuição dinâmica da carga probatória, acolhida pelo novo Código de Processo Civil no art. 373, §1º, o que levaria a prova do fato (ausência ou presença de fiscalização) a quem tenha melhores condições ou esteja em situação de o fazê-lo. Contudo, ressalte-se, eventual inversão probatória somente se perfaz legítima em situações que possibilitem a outra parte a ciência e a contraposição em face do ato processual, em respeito ao devido processo legal, o que, em maior ou menor medida, pode restar prejudicada a depender da fase e instância processual em que esteja pendente a demanda.

Há que se reconhecer que esse panorama surgira de forma inesperada em vários processos, sendo uma realidade interpretativa diferenciada ao que ordinariamente ocorria nos processos que vindicavam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, porquanto em muitos casos se entendera a responsabilidade objetiva (próximo do risco integral), restando desnecessária a instrução probatória. Nesses casos, onde não houve instrução probatória, para que seja condizente com o novel entendimento, não haveria outra alternativa que não a improcedência dos pedidos, como uma forma de se manter a coerência com o que restara consolidado com o entendimento do STF e do TST.

Referências

BRASIL, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Instrução Normativa nº 02**, de 30 de abril de 2008 (Versão compilada da Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008 alterada pela Instrução Normativa 03, de 16 de outubro de 2009, Instrução Normativa 04 de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa 05 de 18 de dezembro de 2009 e Instrução Normativa 06 de 23 de dezembro de 2013). Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br>> acesso em: 14 de agosto de 2015.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei 30, de 28 de abril de 2015**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> acesso em: 14 de agosto de 2015.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TC-006.156/2011-8**, Acórdão nº 1.214/2013-Plenário. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>> acesso em: 07 de abril de 2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. v.1. (Reimpressão). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

FERREYRA, Roberto Vázquez. **Prueba de la culpa médica**. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. (LIRA, Ricardo Pereira, Coordenador) **Curso de Direito Civil - Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. **Coleção Sinopses para Concursos**. 5 ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. Las responsabilidades profesionales - Libro Homenaje al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. 2 ed São Paulo: Saraiva, 2014 (série IDP).

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 4 ed Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2015.

**O DIREITO E A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO:
UM TESTEMUNHO PESSOAL DE UMA BREVE JORNADA**

Douglas Alencar Rodrigues

Mestre em Direito das Relações Sociais (PUC/SP); professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB); ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

94

Sumário: Introdução. 1. O começo da história pessoal ou o *locus* do observador. 2. A magistratura e suas prerrogativas: a crônica questão da defasagem dos vencimentos – a greve dos juízes. 3. A década das reformas, a magistratura e o Poder Judiciário 4. A história revisitada e o confuso cenário atual: a autonomia negocial coletiva. Conclusão.

Introdução

Em palavras atribuídas a Cícero, um dos grandes filósofos da Roma Antiga, “*o primeiro dever do historiador é não trair a verdade, não calar a verdade, não ser suspeito de parcialidades ou rancores.*” É sempre digna de registro e aplauso a preocupação com a preservação da história das instituições democráticas, a qual pode ser traduzida por meio de decisões históricas, registros documentais diversos, relatos jornalísticos, discursos e narrativas repassadas entre as gerações de que se sucedem e que vão se diluindo – e se perdendo - com o tempo.

Com o espírito de preservar a história do Direito e da Justiça do Trabalho -- capitaneado pelo espírito sensível e empreendedor da Professora Doutora Any Ávila Assunção, gestora maior dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB --, encontra-se em fase adiantada de gestação o Projeto de História Oral do Direito e da Justiça do Trabalho, proposta que pretende colher e preservar para as gerações futuras o relato de tantos quantos acompanharam, e seguem acompanhando, o evoluir das relações sociais de trabalho no Brasil, a partir de diferentes pontos de observação. Serão tomados depoimentos de sindicalistas, historiadores, advogados, magistrados e membros do Ministério Público.

Para além dos julgamentos que possam ser produzidos em torno das narrativas que serão expostas no âmbito do mencionado Projeto, resta a firme convicção de que o conhecimento do passado pelas gerações presentes se revela essencial para entender o “modo de ser” contemporâneo das instituições sindicais, judiciais e do próprio “Parquet”.

No instante em que o modelo interventivo de regulação das relações de trabalho nos planos individual e coletivo, parece experimentar um ponto de inflexão, em razão do advento da Lei 13.467/2017, mostra-se essencial compreender as razões econômicas, sociais e políticas que forjaram o modelo em vigor, concebido a partir da década de 30 do século passado e que persistiu intacto até recentemente, ressalvados alguns pequenos ajustes pontuais que, todavia, não foram capazes de alterar a sua concepção orgânica de controle e intervenção.

Essa tarefa, porém, escapa ao objetivo deste ensaio, que busca, na verdade, apenas expor a visão de seu subscritor sobre alguns dos caminhos e descaminhos vivenciados ao longo das quase três décadas em que integra os quadros da magistratura do trabalho.

1. O começo da história pessoal ou o *locus* do observador

Parece recomendável uma breve e menos formal apresentação pessoal do autor deste testemunho, como forma de permitir a melhor compreensão dos vários *locus* ocupados, dos quais provem os olhares relatados nas palavras que seguem.

Após compor o quadro de servidores da Justiça do Trabalho da 10ª Região entre os anos de 1983 e 1990, sobreveio o ingresso na carreira da magistratura, no cargo de juiz substituto, após aprovação em concurso público promovido pelo TRT da 15ª Região, seguramente um dos mais operosos, organizados e dinâmicos tribunais do Poder Judiciário nacional. Em 1992, mediante processo de permuta (posteriormente universalizada, juntamente com a figura da remoção, a despeito da resistência e preconceito injustificáveis por parte de muitos tribunais regionais, equiparando prática desde sempre consagrada no âmbito da Justiça Federal Comum), a mudança para o quadro de magistrados da 10ª Região, atuando como juiz substituto nos Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Tocantins, até experimentar a ascensão na carreira, com a titularidade de Juntas de Conciliação e Julgamento sediadas em Taguatinga-DF e Brasília-DF.

Após atuar no TRT como juiz convocado entre os anos de 1999 e 2003, fui alçado à condição de membro efetivo daquela Corte (o cargo atualmente é nominado como Desembargador), perante a qual officiei até 22 de abril de 2014, quando passei a compor, honrosamente, o quadro de magistrados do TST. Paralelamente ao curso natural da carreira, tive a ventura e o privilégio de representar os magistrados da 10ª Região, na condição de Presidente de sua associação de classe, a AMATRA X, por dois mandatos, sucedendo dois valorosos colegas que, por razões de ordem pessoal, optaram por renunciar aos cargos de magistrados, dedicando-se a outras carreiras jurídicas.

Na segunda metade da década de 1990 do século passado, exerci ainda os cargos Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e de Vice-Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o que possibilitou uma melhor compreensão acerca das muitas realidades institucionais, regionais e culturais que caracterizam o Poder Judiciário nacional.

No ano de 2005, por honrosa indicação do TST, integrei a primeira composição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um dos mais importantes legados do processo de reforma constitucional do Poder Judiciário, deflagrado pela PEC 26-A, de 1992, de autoria do então Deputado Hélio Bicudo e que resultou na EC 45/2004. Foram dois anos intensos, em que a sociedade brasileira e os órgãos do Poder Judiciário acompanharam, com especial atenção, os primeiros passos daquele que seria o principal órgão de planejamento e implementação de políticas públicas na esfera judiciária e também de controle e disciplina dos magistrados brasileiros.

Temas relevantes e de diversos matizes foram enfrentados pelo CNJ naquele biênio, entre os quais o combate às práticas patrimonialistas (nepotismo) e a realidade remuneratória desta gigante estrutura pública, distribuída entre a União, os Estados e o Distrito Federal, responsável pela administração dos milhares de litígios que proliferam na sociedade. Multiplicaram-se os questionamentos sociais acerca dos mais diversos temas vinculados à questão da Justiça no Brasil.

Em 2009, por indicação do Ministro Ríder Nogueira de Brito, que acabara de deixar a Presidência do TST, passei a atuar como convocado perante aquela Corte, inicialmente compondo a 3ª Turma e em seguida a 6ª Turma do TST, também participando das sessões da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST.

Ao longo do ano de 2009, agigantaram-se o orgulho de integrar esta Justiça do Trabalho e a certeza da grandiosidade da nossa Corte maior trabalhista, cujos magistrados

demonstravam o compromisso absoluto com a construção, discursiva e dialética, das melhores respostas para as instigantes e complexas questões que lhes eram submetidas.

Cabe, então, com a memória desses momentos históricos e espaços institucionais, expor breve relato acerca da história recente desta relevante e imprescindível Justiça do Trabalho.

2. A magistratura e suas prerrogativas: a crônica questão da defasagem dos vencimentos – a greve dos juízes

Ao longo dos anos iniciais, as principais bandeiras de luta envolviam demandas por justas remunerações e por maior transparência nos tribunais, sobretudo estaduais, com o fim das práticas patrimonialistas que decorriam da confusão entre o público e o privado.

Na Justiça do Trabalho, em particular, chamava a atenção a verdadeira guerra interna deflagrada entre alguns juízes de primeiro grau e os respectivos TRTs, por demandas diversas, entre as quais a autonomia para a indicação dos respectivos diretores de secretaria das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento, cujos cargos nem sempre contavam com servidores habilitados.

As atenções também se voltaram para as reformas constitucionais e legislativas, deflagradas com vigor na segunda metade dos anos 90 do século passado, no contexto do redesenho institucional do Estado deflagrado pelo Executivo Federal, então capitaneado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Como se sabe, foram implementadas mudanças profundas na ordem econômica (com amplo processo de privatizações), na estrutura do Estado (com a Reforma Administrativa que desaguou na EC 19/98) e no sistema previdenciário (objeto da EC 20/98). No âmbito da Justiça do Trabalho em particular, logrou-se retificar substancialmente a estrutura de seus órgãos, por meio da EC 24/99, extinguindo-se a representação classista, histórica luta deflagrada pela magistratura togada desde o processo constituinte de 1988.

Ao longo de todos esses processos de reforma, a atuação das associações de magistrados revelou-se decisiva, minimizando muitos dos prejuízos institucionais e funcionais sugeridos pelos idealizadores das propostas.

Uma das questões sensíveis, sempre presentes na pauta dos tribunais e das associações de juízes, envolvia a ausência de uma política remuneratória clara para o Poder Judiciário da União.

Enquanto nos Estados a característica comum eram padrões remuneratórios elevados ou elevadíssimos, muito superiores aos observados em relação aos membros do STF, com base em leis consagradoras de incontáveis abusos (o que atendia aos interesses paroquiais recíprocos dos membros dos poderes legislativo e executivo), no âmbito da União a magistratura sempre lutou, quase sempre sem sucesso, pela mínima recomposição das sucessivas perdas decorrentes do processo inflacionário.

Dois fatos merecem realce nessa questão: a grave situação dos vencimentos desaguou em séria crise institucional, no final da década de 90 do século passado, equiparada à verdadeira greve, e que apenas foi superada por força de decisão liminar do Ministro Nelson Jobim, em Mandado de Segurança em que se pretendeu a observância efetiva da isonomia remuneratória entre os vencimentos dos integrantes dos Poderes Legislativo e Judiciário; a implantação do sistema de subsídios, com a fixação de teto remuneratório para a Administração Pública, na forma da EC 19/98.

Passados tantos anos, ainda hoje a sociedade brasileira se ressentida da ausência de clareza e transparência na remuneração de seus agentes públicos, seguindo-se, de tempos em tempos, divulgações na mídia em torno de abusos praticados no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Sem elementos, ou vontade política, para separar o “joio do trigo”, os membros do Poder Judiciário, federal ou estadual, acabam submetidos ao olhar público implacável e censório da sociedade, como se estivessem, todos, submetidos a uma mesma e desconfortante realidade remuneratória, eticamente condenável e juridicamente inconstitucional.

É preciso registrar, no entanto, que permanecem atuais e não resolvidas as questões da defasagem do padrão remuneratório da magistratura federal e dos elevados padrões remuneratórios de muitas magistraturas estaduais. Soluções paliativas têm sido construídas, muitas das quais desconfortáveis (como no caso do auxílio-moradia previsto na LOMAN, mas concedida a todos por decisão judicial) ou que fragmentam a carreira e dividem a magistratura (como no caso da gratificação por acúmulo de processos).

Embora justificadas pela ausência de visão institucional ou mesmo pela leniência dolosa dos responsáveis pela gestão pública, uma das soluções ideais passa pelo necessário resgate do adicional por tempo de serviço, suprimido com o advento do sistema de subsídio, mecanismo de valorização da carreira e que deve alcançar os aposentados, portanto, gravado de forte colorido equitativo.

Enquanto o ideal não se concretiza, é preciso lembrar que uma das principais causas que levaram à ruptura do associativismo nacional da magistratura, quando, no ano de 2000, a quase totalidade dos juízes do trabalho se desligaram da AMB, foi exatamente a questão remuneratória. Enquanto os juízes da União defendiam o teto remuneratório, os magistrados estaduais, embora de forma velada, se posicionavam contra o modelo proposto, que imporia limites aos valores elevados praticados em muitos dos estados da nossa Federação.

Embora todos estejam submetidos a uma mesma lei orgânica, a autonomia dos Estados para organizar o Poder Judiciário local, aliado aos interesses recíprocos, nem sempre legítimos, considerada a ordem constitucional, entre os integrantes dos demais poderes, acabava permitindo a criação de vantagens a não mais poder, desequilibrando o sistema de remuneração proposto pela reforma administrativa.

Diante desse cenário, a ruptura era mesmo inevitável, o que acabou consolidando a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) como o segmento único representativo da magistratura especializada, à semelhança do que ocorreu com a Associação dos Juízes Federais (AJUFE).

3. A década das reformas, a magistratura e o Poder Judiciário.

Os anos 90 do século passado protagonizaram grandes debates na sociedade brasileira, que assistiu a diversos processos de reforma de suas instituições. Ao lado das reformas administrativa e previdenciária, a reforma do Poder Judiciário, objeto da PEC 26-A/92, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, propunha, entre tantas inovações, o combate à lentidão, à ineficiência e à dificuldade de acesso à Justiça.

Entre os anos de 1993 e 1994, o primeiro relator, Deputado Néelson Jobim, propôs, entre tantos temas, a criação das súmulas com efeito vinculante e formas diversas de controle do Judiciário. No ano de 1995, o Deputado Jairo Carneiro, sempre atento às propostas da magistratura, apresentou alentado parecer, propondo, no amplo conjunto de questões, a Criação do Conselho Nacional de Justiça com o objetivo de viabilizar o controle externo do Judiciário, além da extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho e da representação classista na Justiça do Trabalho.

Apenas em 1999, os debates em torno da reforma do Poder Judiciário foram retomados, figurando o Deputado Jairo Carneiro como Presidente da Comissão Especial

e o Deputado Aloysio Nunes Ferreira como relator. Nesta etapa do processo de reforma, surge a proposta de fusão da Justiça do Trabalho com a Justiça Federal Comum, contrariando as visões de todos os membros do Poder Judiciário.

Tratada como uma das principais inovações, a extinção da Justiça do Trabalho mobilizou amplamente a sociedade. Na condição de Presidente da AMATRA X, pude conduzir, no plenário do TRT da 10ª Região, um longo ato público em defesa da Justiça do Trabalho, do qual participaram parlamentares, magistrados de todas as áreas, membros do ministério público, dirigentes sindicais, advogados, servidores, líderes de organizações sociais. Todas as vozes se ergueram em defesa da Justiça do Trabalho e da conveniência de sua preservação como ramo autônomo do Poder Judiciário.

Em meados de 1999, o Deputado Aloysio Nunes Ferreira assume a Secretaria Geral da Presidência da República, ocasião em que a Comissão especial designou a Deputada Zulaiê Cobra como relatora da PEC do Judiciário. Seu relatório foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados no fim daquele ano.

Enviada a PEC ao Senado, agora com o número 29/2000, o Senador Bernardo Cabral foi designado relator, propondo alentado relatório à Comissão de Constituição e Justiça daquela Câmara Alta. Apenas em 2003, depois de percalços envolvendo a tentativa de paralisação do debate pelo novo Chefe do Poder Executivo, que chegou a defender a retomada ampla de todos os debates, o Senador José Jorge foi nomeado relator e cujo relatório foi aprovado finalmente no ano de 2004.

No entanto, ainda no ano de 1999, em meio aos conflitos envolvendo membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, decorrentes das reformas administrativa e previdenciária, o Senador Antônio Carlos Magalhães anunciou que o Poder Judiciário seria o mais corrupto dos poderes da República.

Afora o caráter absolutamente inusitado da declaração, dado que não se conhecia a existência de tabelas ou índices estatísticos de práticas criminosas de corrupção no âmbito dos poderes da República, o senador baiano foi interpelado pela Associação dos Magistrados Brasileiros, perante o STF, para que indicasse fatos, datas e envolvidos, esclarecendo as bases para a afronta à honra e à dignidade dos integrantes do Poder Judiciário. Em resposta, referido parlamentar resolveu criar, com a força e o prestígio políticos que detinha à época, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar o Poder Judiciário.

Pesavam contra a Justiça do Trabalho os ainda recentes escândalos nos TRTs de Rondônia e Paraíba, que reclamaram decretos de intervenção pelo TST, e o rumoroso caso da construção do Fórum Rui Barbosa, conduzido pelo TRT de São Paulo.

Entre os vários fatos havidos naquela turbulenta quadra histórica, merece registro o embate travado pela mídia entre o Ministro Almir Pazzianoto Pinto e o parlamentar baiano acima referido, cujo filho, também parlamentar, havia falecido no ano anterior, em 1998.

Em entrevista ao programa “Jornal Nacional”, da Rede Globo, o magistrado Pazzianotto, quando questionado acerca das declarações do condestável baiano em relação ao Poder Judiciário, registrou: *“as tragédias pessoais por ele sofridas, fazem-me duvidar de sua própria sanidade”*.

Com essa declaração, alçado o debate político ao plano pessoal, a Justiça do Trabalho viu surgir um de seus maiores algozes no Parlamento brasileiro. Embora afastado o risco de extinção da Justiça do Trabalho no curso do processo de reforma constitucional, o parlamentar defendeu, como retaliação, a redução do quadro de magistrados do TST, com a supressão daqueles antes ocupados pelos representantes classistas, por ocasião da EC 24/99.

Em 2002, assume a presidência do TST o Ministro Wagner Pimenta, inaugurando uma era de reconstrução de pontes com o Parlamento e de defesa da autonomia e da independência da Justiça do Trabalho.

Também merece registro a atuação da magistratura trabalhista pela recomposição dos quadros dos TRTs e do TST, em razão da extinção da representação classista. Logo após promulgada a EC 24/99, o TST apressou-se para disciplinar o cenário de transição.

Como Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), à época presidida pelo Juiz Gustavo Tadeu Alkmin, defendi perante o Conselho de Representantes, com absoluta convicção, a necessidade de preservação dos cargos antes ocupados pelos classistas, que deveriam ser preenchidos pelos juízes togados, sob pena de sério comprometimento da tão desejada celeridade processual.

Com esse propósito, rapidamente procuramos – Gustavo Tadeu, Grijalbo Coutinho, Luiz Fausto Medeiros e eu – o Ministro Francisco Fausto, que, gentilmente, nos apresentou a minuta de resolução que seria votada em poucos instantes pelo pleno do TST.

Para nossa surpresa, havia na minuta a proposta de expressa declaração da extinção dos cargos antes reservados aos classistas. Segundo relatou o Ministro Fausto, não se desejava desqualificar o discurso da inutilidade da referida representação, brandido durante anos pela magistratura togada.

Em meio aos questionamentos e dúvidas suscitados, conseguimos obter do Ministro Fausto o compromisso de que defenderia, perante seus pares, naquele instante, a supressão da declaração expressa da respectiva extinção daqueles cargos.

Paralelamente, traçamos a estratégia de obtenção de pareceres de prestigiados juristas que poderiam ratificar a tese que então preconizamos da mera alteração da titularidade dos cargos, expressamente criados por lei, e não extintos pela EC 24/99. Foram coligidos pareceres de Paulo Brossard, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève, Alexandre Nery Rodrigues de Oliveira, entre outros. Sem disponibilidade expressiva de recursos financeiros para custeio dos pareceres, contamos com a sensibilidade dos juristas nominados, convictos da boa causa que defendíamos.

Ainda digna de registro a atuação do Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros à frente do TST. No rescaldo dos muitos embates travados acerca das reformas institucionais propostas pelo Poder Executivo, o Ministro Fausto fez verídica a assertiva de que “a pessoa certa estava no lugar e na hora certas”. Com forte atuação na mídia, reconheceu, perante a Organização Internacional do Trabalho, a existência de trabalho escravo no Brasil. Também foi dele a frase de que a reforma do sistema previdenciário, engendrada pelo Governo Lula, configurava verdadeiro “estelionato eleitoral”. A atuação firme e comprometida de Fausto fez recuperado, ao final de 2004, o prestígio da Justiça do Trabalho perante a sociedade, antes esmaecido pelos eventos havidos nos anos anteriores.

Entre tantos debates apaixonados e notícias de incontáveis abusos e desvios praticados por magistrados, a reação capitaneada, sobretudo, pelas entidades de classe da magistratura, foi decisiva para que se lograsse alcançar a preservação da autonomia do Poder Judiciário.

O autogoverno do Poder Judiciário, que sofreu sérios riscos durante a tramitação da PEC, restou preservado, a despeito da participação de atores estranhos às hostes judiciárias na conformação institucional do CNJ.

Entre propostas de avanço e retrocesso naquele turbulento e complexo cenário histórico, a Justiça do Trabalho quase chegou a ser extinta, com a absorção de sua estrutura pela Justiça Federal Comum.

4. A história revisitada e o confuso cenário atual: a autonomia negocial coletiva.

No ano de 2001, assistimos ao histórico embate em torno da alteração do art. 618 da CLT, ou, segundo as palavras da época, à consagração da “tese da prevalência do negociado sobre o legislado”.

Objeto do Projeto de Lei n. 5.483/01 que foi apresentado pelo Poder Executivo e aprovado pela Câmara dos Deputados em 4 de dezembro de 2001 (264 votos favoráveis, 213 contrários e duas abstenções), o projeto suscitou grande atenção de todos os atores da arena trabalhista. Após permanecer no Senado por dois anos, acabou retirado pelo Presidente da República, em 2003.

Mas o debate travado entre 2001 e 2003 retorna à agenda política: na atualidade, as discussões gravitam em torno do PL 6787/2016, proposto pelo Poder Executivo, com questões relevantes: trabalho temporário, representação dos trabalhadores no local de trabalho, autonomia negocial coletiva (com a indicação das matérias que podem ser objeto de negociação), flexibilização da jornada (tempo parcial) e sanções administrativas para empresas que contratam de modo informal.

A despeito dos propósitos que animam a apresentação do projeto de lei em questão, fundamentalmente centrados na modernização da legislação laboral e no combate à informalidade, estamos convencidos de que qualquer discussão no sentido de ampliar o espaço de negociação coletiva depende da prévia revisão do anciloso marco regulatório da organização sindical.

Marcado por baixos índices de representatividade, aferidos também pelo reduzido número de associados, os sindicatos patronais e de trabalhadores no Brasil beneficiam-se das restrições da unicidade sindical e da contribuição sindical compulsória, características do sistema corporativista legado pelo Estado Novo e incompatível com o ambiente pluralista e democrático idealizado pela constituinte de 1988. Além disso, a própria explosão do número de sindicatos é preocupante, não apenas porque torna quimera o ideal

da agregação, mas porque mais da metade dos mais de 16.000 sindicatos jamais celebrou qualquer negócio coletivo, o que confirma a falência do modelo.

As propostas de mudança da legislação trabalhista não estão em debate apenas no Parlamento brasileiro.

Em julgamento editado pelo STF nos autos do RE 590.415, no ano de 2015, o tema da autonomia negocial coletiva foi amplamente analisado.

A partir do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, relator do referido recurso, foram desenvolvidas considerações relevantes, a partir do confronto entre a autonomia de vontade nos âmbitos individual e coletivo das relações de trabalho, do postulado democrático de negociação coletiva, do modelo sindical da CF de 1988, da representatividade dos sindicatos e da equivalência dos atores coletivos.

A conclusão do referido julgamento, segundo vozes autorizadas, inclusive da Suprema Corte, consagrou o efetivo prestígio à autonomia negocial coletiva reconhecida constitucionalmente aos atores coletivos, ressalvadas apenas as normas de proteção à saúde e segurança do trabalho.

Para além do respeito à autoridade da decisão proferida, no entanto, não nos parece possível afirmar que o pactuado coletivamente deve prevalecer sobre o direito estatal mais benéfico, apenas porque a Carta Política confere aos sindicatos a representação das categorias.

Ainda que o prestígio à vontade coletiva seja o ideal a ser alcançado, com a consagração da hierarquia dinâmica das fontes do direito, não se pode negar que o sistema sindical brasileiro, com unicidade e financiamento público, inibe o surgimento e desenvolvimento do espírito associativo legítimo, cenário que se reflete nos inexpressivos índices de filiação sindical, maculando a representatividade e tisonando a legitimidade dos sindicatos para ajustes coletivos de larga envergadura.

Também não se pode desconsiderar a realidade das relações de trabalho no Brasil, caracterizadas pela ausência de proteção genérica contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa – o que inviabiliza o exercício pleno do direito de participação na vida coletiva da categoria por parte dos trabalhadores – e ainda por elevados índices de rotatividade de mão-de-obra – que atingem a incrível cifra de 80% de trabalhadores cujos vínculos não vigoram por mais de um ano de duração.

Em um sistema sem garantias contra dispensas abusivas ou imotivadas, parece inquestionável que os trabalhadores não são estimulados a participar da vida sindical,

debatendo democraticamente questões relevantes no local de trabalho ou em assembleias. O receio de perseguições ou mesmo de perda do emprego desestimula a participação na vida coletiva da categoria.

Com vistas ao fortalecimento da negociação coletiva, seria conveniente que os atores coletivos demonstrassem os procedimentos que precederam a celebração das normas coletivas, com a apresentação de dados que poderiam, inclusive, compor o próprio conteúdo introdutório dessas normas, permitindo a aferição de sua legitimidade, a partir da indicação das formas de convocação dos membros das categorias, das pautas, do número de assembleias realizadas e das deliberações alcançadas, além dos quóruns de votação e outros aspectos relevantes.

A partir das informações prestadas pelos atores coletivos, seria possível ao Poder Judiciário aferir, concreta e objetivamente, se a norma coletiva pode ou não ser reputada válida frente à ordem jurídica. Essa solução - de exame da legitimidade da manifestação de vontade dos sujeitos estipulantes e de defesa do equilíbrio do negócio firmado - parece harmonizar tanto o prestígio que deve ser creditado à negociação coletiva, quanto o direito dos trabalhadores urbanos e rurais à melhoria de sua condição social, afastando o risco de ônus excessivos e indesejáveis aos titulares das relações de emprego.

Enfim, vivemos um tempo presente dinâmico, rico e complexo.

Conclusão

Revisitar a história e relembrar fatos e momentos importantes é sempre gratificante e rejuvenescedor.

Com o passar dos anos, fatos que vivemos de forma intensa e ativa acabam esmaecidos em nossa memória, perdendo-se nas inevitáveis brumas do tempo. Mais do que isso: a partir do passado, tentar pregar o futuro e contribuir para a sua própria conformação; perceber que trilhamos longos caminhos em nossas vidas, caminhos diretamente vinculados aos próprios caminhos da instituição que aprendemos a amar e a defender, conscientes de sua relevância social e importância histórica.

Que as palavras pessoais lançadas neste ensaio possam contribuir em alguma medida para a compreensão do cenário atual do Direito e da Justiça do Trabalho.

O CAÓTICO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O SISTEMA PENAL COMO CONTROLE SOCIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Eduardo Xavier Lemos

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB); especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS); professor do curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado, pesquisador e membro da Comissão de Justiça e Paz de Brasília.

106

RESUMO

Neste artigo, se analisa a massiva onda de encarceramento do país, através do fenômeno da criminalização da pobreza. Procuramos dessa forma, apresentar os oprimidos como controlados pelo sistema penal brasileiro, aqui rotulados de “inimigos”. Tal conclusão se dá a partir do perfil dos aprisionados e aprisionadas da massa carcerária brasileira.

Palavras-chave: Criminalização da Pobreza, Direito Achado no Cárcere, Criminologia Crítica, Prisões. Abolicionismo Penal.

Sumário: 1. Introdução 1.o sistema penal como controle social; 2. Criminalização da pobreza; 3.o sistema penal brasileiro: pobres como inimigos; 4. Conclusão 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Neste artigo partimos do pressuposto de que o sistema penal é um dos fatores preponderantes para a afirmação e manutenção da organização de um estado, onde é indiscutível seu papel de executor da tarefa de punir os vulneráveis e manter o status a quo de um poder dominante.

Exacerba o direito de punir de tal Estado, manifestando-o de forma violenta e às vezes sanguinária, atacando direitos fundamentais do homem, como seu direito de ir e vir e também a própria integridade física do cidadão.

Nesse ponto é onde teorias ultra punitivas são o sustentáculo político criminal do império político e econômico que se constata em nossos dias, o neoliberalismo, a política criminal de tolerância zero e o direito penal do inimigo são a forma de controlar a sociedade a partir do sistema penal, o modelo de punição do neoliberalismo.

O encarceramento em massa, especificamente de negros e pobres, é a política criminal efetivada pelo projeto neoliberal. Mercado livre de um lado, mão de ferro do outro. Aos inimigos do neoliberalismo, a prisão.

2. O sistema penal como controle social

É a partir da leitura da história do modo de produção capitalista e de sua interferência na gestão do sistema penal que a criminologia crítica pode perceber a utilização da pena como instrumento de controle social.

Um dos principais estudos de Criminologia Crítica são de Rusche e Kirchheimer¹⁴² (Punição e Controle Social), retirando de seus conhecimentos a ideia de que desde o princípio do capitalismo o sistema penal foi utilizado como forma de controle da sociedade. Além disso, os autores demonstraram que as punições e o controle sempre voltaram-se a camadas mais vulneráveis, alterando-se em si os métodos utilizados ao longo do tempo, mas não efetivamente a utilização do sistema penal como instrumento de controle social.

Por sua vez, Michel Foucault em obra fundamental para o estudo em questão, ao compreender a questão do sistema punitivo, demonstra ao longo de “Vigiar e Punir¹⁴³”, como a pena corporal (poder sobre o corpo), se transforma ao longo dos tempos em pena sobre o espírito (controle social), de tal forma que a vigilância, o poder psicológico, são utilizados progressivamente para controlar os oprimidos. É também figura que procuramos compreender para detectar essa seletividade do sistema.

Outros autores de fundamental importância para a análise crítica do sistema prisional são Melossi e Pavarini, onde fazem menção do surgimento da prisão com o início do capitalismo, ou seja, nas sociedades feudais só era possível falar de cárcere preventivo ou por dívidas, não havendo a pena de prisão por ela mesmo como forma específica de punição.

É com o surgimento do poder econômico, com a troca de economias, a força de trabalho, e a consequente imposição do valor e necessidade do mesmo (e o surgimento do capitalismo) que a pena de reclusão, propriamente dita, surgiu. As casas de correção

¹⁴² RUSCHE, George, KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2004.

¹⁴³ FOUCAULT, MICHEL. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Editora Vozes. Rio de Janeiro. 29 Ed. 2009.

são criadas com o intuito de fazer com que mendigos, prostitutas e vagabundos (os que se recusavam a trabalhar, valor máximo na época) se tornassem força de trabalho, nesta casa eram obrigados a trabalhar¹⁴⁴.

No entanto, a Revolução Industrial tornou o trabalho manufaturado dos aprisionados e aprisionadas obsoleto, fazendo com que sua força produtiva não fosse mais competitiva, tornando esse trabalho não mais necessário, o trabalho no cárcere se torna inútil e improdutivo, se torna um instrumento de tortura, de caráter meramente punitivo, o posterior fato significativo na história foi o surgimento das Penitenciárias, o sistema filadelfiano, de isolamento absoluto, ou auburniano¹⁴⁵. Uma leitura criminológica radical¹⁴⁶ e dialética¹⁴⁷ permite que certas premissas sejam estabelecidas, que o capitalismo e a consequente luta de classes, gerando oprimidos e opressores, faz com que certas figuras sejam necessariamente polos mais fracos no núcleo social, na análise criminológica, partimos que as camadas sociais de espoliados estão vulneráveis no sistema social, sendo cooptados pelo sistema penal com fins de controle social, essas são regras preliminares para compreendermos qualquer fenômeno social rotulado como criminoso¹⁴⁸.

Assim, permite perceber que desde a seletividade dos bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal capitalista, e a consequente proporção das penas, até a seleção dos delitos a serem abordados pelo ostensivo policial e posterior processo penal, com a sentença penal, maior ou menor, fará parte da análise de uma criminologia dialética, que leva em conta o processo histórico, a característica materialista, a luta de classes, o contexto social que situa o fenômeno¹⁴⁹¹⁵⁰¹⁵¹.

E assim, ao apresentar a síntese do materialismo histórico dialético, Juarez Cirino dos Santos explica a distinção dos objetivos ideológicos do sistema punitivo:

¹⁴⁴ MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. As origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI-XIX). Revan. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2010.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Criminologia Radical, 2006.

¹⁴⁷ LYRA FILHO, Roberto. Criminologia Dialética. Ministério da Justiça. Brasília, 1994.

¹⁴⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Criminologia Radical, 2006;. P.129.

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. In: XIX Conferência Nacional dos Advogados - República, Poder e Cidadania, 2005, Florianópolis. XIX Conferência Nacional dos Advogados - República, Poder e Cidadania. Brasília: OAB Conselho Federal, 2005. v. 2. p. 809-815.

¹⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Parte Geral I. P. 445-446.

¹⁵¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez.. Instituto de Criminologia e Política Criminal. 2012; Tema: Crime, Política Criminal e Direitos Humanos. (Site).

A Criminologia Radical distingue objetivos ideológicos aparentes do sistema punitivo (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada), demonstrando que o fracasso histórico do sistema penal limita-se aos objetivos ideológicos aparentes, porque os objetivos reais ocultos do sistema punitivo representam êxito histórico absoluto desse aparelho de reprodução do poder econômico e político da sociedade capitalista¹⁵².

É característico da metodologia marxista por apresentar tanto a leitura histórica quanto a abordagem do desvendar o oculto, averiguar o que se encontra por trás do discurso oficial, e como bem explicitado o sistema punitivo é um discurso bem sucedido, tema que propomos averiguar ao longo da tese, utilizando desse “desvelar” entre discurso oficial e “objetivo real”.

Procuramos sim, abordar o sistema de justiça criminal, suas contradições, o trabalhador marginalizado e cooptado pelo sistema punitivo, e focando em figuras como criminalização e seletividade, a partir dos preconceitos sociais e captaremos dos discursos sociais e dos operadores de justiça, hipoteticamente transparecendo os *“processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas etc¹⁵³”*.

Outro ponto de análise é esclarecer como o direito vigente pode convalidar um sistema opressivo, voltando-se contra os vulneráveis, característica fundante dos regimes autoritários.

Quando aborda a violência, Walter Benjamim a explica como fim e meio, esclarecendo que quando se dá como meio, ela cria ou protege direitos, porém quando ela se dá por um fim, ela renuncia toda essa validade:

La policía es un poder que funda -pues la función específica de este último no es la de promulgar leyes, sino decretos emitidos con fuerza de ley- y es un poder que conserva el derecho, dado que se pone a disposición de aquellos fines. La afirmación de que los fines del poder de la policía son siempre

¹⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Criminologia Radical, 2006;. P.128

¹⁵³ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. In: XIX Conferência Nacional dos Advogados - República, Poder e Cidadania, 2005, Florianópolis. XIX, 2005. v. 2. p. 809-815.

idénticos o que se hallan conectados con los del derecho remanente es profundamente falsa. Incluso "el derecho" de la policía marca justamente el punto en que el estado, sea por impotencia, sea por las conexiones inmanentes de todo ordenamiento jurídico, no se halla ya en grado de garantizarse - mediante el ordenamiento jurídico- los fines empíricos que pretende alcanzar a toda costa. Por ello la policía interviene "por razones de seguridad" en casos innumerables en los que no subsiste una clara situación jurídica cuando no acompaña al ciudadano, como una vejación brutal, sin relación alguna con fines jurídicos, a lo largo de una vida regulada por ordenanzas, o directamente no lo vigila¹⁵⁴ (BENJAMIN, 2010)

Propomos expor a violência policial como instrumento para manutenção do poder, um plano jurídico que tem por escopo preservar uma moral autoritária em consenso com os planos dos detentores do poder, o Direito passa a ser instrumento político, ou seja, deixa de fluir da relação entre os homens e serve somente para afirmar aquele que domina. Esse tema é analisado por Albert Camus ao tratar de sistemas autoritários, aqui o nazismo:

O Estado identifica-se com o “aparelho”, isto é, com o conjunto de mecanismos de conquista e repressão. A conquista dirigida para o interior do país chama-se propaganda (“o primeiro passo em direção ao inferno disse Frank”) ou repressão. Dirigida para o exterior, cria o exército. Todos os problemas, são, dessa forma, militarizados, colocados em termos de poderio e de eficácia¹⁵⁵. (CAMUS, 2003)

O autor argelino, explica o poder de polícia em regimes autoritários, pois especifica que esses governos, em verdade, acabam militarizando todas as coisas da vida pública. No mesmo caminho Grossi:

O Estado, enquanto entidade tendencialmente totalizante, realiza-se na mais rigorosa compacidade, qualidade que obtém (que quer a todo custo obter) graças ao instrumento unilateral da intolerância. O Estado, fechado na sua insalubridade, dialoga somente com o exterior e somente com outras entidades estatais similares; no seu interior limita-se simplesmente a ditar as condições em base às quais uma regra deixa o confuso limbo das regras meramente sociais e se torna jurídica; a inobservância das condições tem um contragolpe sem piedade: a ilicitude e, se tudo andar bem, e se o Estado não considera muito turbada a própria ordem pública, a irrelevância¹⁵⁶. (GROSSI, 2006)

¹⁵⁴ BENJAMIM, Walter. Para una Crítica de La Violência. Edición Electrónica de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Recurso electrónico. 10 de Junho de 2010. p. 8-9.

¹⁵⁵ CAMUS, Albert. O homem revoltado. 5.ed. São Paulo: Ed. Record, 2003.

¹⁵⁶ GROSSI, Paolo, Primeira Lição Sobre o Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense 2006.

Quando se analisa uma sociedade capitalista e desigual, onde são poucos os incluídos e vencedores, ou seja, o individualismo monetário do “american way of life” temos uma grande massa de pessoas que vivem o “american nightmare”. O que fazer com os demais? O que fazer com os excluídos?

É possível verificar, o desagrado dos excluídos e para manter essa aparente ordem social, se convoca o Direito Penal, o uso do mesmo como forma de esconder tal realidade, seja nos depósitos (ou presídios), seja com a intimidação, seja com a violência, expandindo o direito de punir do estado.

O autor francês Loic Wacquant, explica que a prisão é uma instituição fora da lei, que nasceu com o desígnio de reforçar a própria lei, mas cuja própria organização opera fora do ordenamento jurídico. Foi vendida como um remédio para a insegurança e a marginalidade, mas só faz incentivar e segregar os vulneráveis¹⁵⁷.

Soluções simples para problemas complexos, são o que buscam teorias de direito penal máximo, é mais fácil colocar uma máscara de impuro, ou de inimigo em quem não serve, do que repensar a questão e os porquês para os problemas.

3. Criminalização da pobreza

A pobreza é resultada das espantosos índices de desigualdade social existente em uma nação, também refletida pela negação da condição de cidadania de grupos populacionais específicos que vivem em zonas vulneráveis¹⁵⁸. Assim pode se dizer que pobreza se dá a partir da condição de vulnerabilidade econômica e exclusão social que particulariza inúmeras comunidades carentes.

Essa população, consiste em uma cifra abundante de trabalhadores desvanecidos economicamente, de pouca qualificação profissional, de baixa ou nenhuma alfabetização e em sua maioria afrodescendentes¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Wacquant, L. *The Prison is an Outlaw Institution*, 2012.

¹⁵⁸ Leite, Marcia Pereira. *Pobreza y Exclusión en Las Favelas De Río De Janeiro*, 2008.

¹⁵⁹ Ziccardi, Alicia. *Procesos de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social*. 2008.

A segurança pública no país se conecta com disputas econômicas e de poder, ou seja, aos conflitos de classe que estão estritamente integrados ao estado como intermediário dos assuntos referentes a criminalização da pobreza. Os índices de criminalidade aumentam conforme os tempos avançam, e o sentimento de insegurança e medo, incentivados pelos boletins policiais, impulsionam as divisões sociais umas contra as outras.

As altas classes culpam os moradores dos bairros necessitados por essa situação violenta e o contrário também é verdadeiro, os pobres culpam a perseguição e omissão do Estado pela sua situação.

A questão da favela, ao longo das décadas, foi se tornando um problema de segurança pública, o favelado estigmatizado como criminoso, trata-se do período pesquisado por Boaventura de Sousa Santos em Pasárgada, momento de inserções policiais violentas e perseguição aos moradores das comunidades¹⁶⁰¹⁶¹ (SANTOS, 1977, 2014)

Ressalte-se que nem sempre a questão dos bairros carentes foi tratada como caso de segurança pública, foi então com o regime militar, que podemos visualizar a passagem da pobreza, de questão urbana para “caso de polícia”, nesse período, as lideranças sociais das comunidades foram perseguidas, desarticulando-se as organizações faveladas e a ideia de reforma urbana, prevaleceu a lógica da remoção e combate.

A vitória da segurança pública à questão de urbanização, direitos sociais e politização dos moradores de comunidades carentes, gerou a separação e repressão. A perseguição as lideranças fragmentou o espaço democrático e a emancipação, desarticulando um potencial de autodesenvolvimento desses residentes como cidadãos “efetivos” de direitos, ao oposto da lógica de formalização não efetivada.

Os reflexos desse problema nos presídios, é analisada por Loic Wacquant, que denuncia que particularmente minorias raciais (como negros, ciganos e hispânicos), e pessoas de baixa renda, vem sendo efusivamente encarcerados nos EUA. Essa seria a lógica de seu trabalho intitulado “As prisões da Miséria”, onde demonstra que a ampliação dos índices de encarceramento na América são conectados com a diminuição de políticas sociais e do contrário, um investimento em políticas de segurança pública com escopo de

¹⁶⁰Santos, Boaventura de Souza. O Direito do Oprimido, 2014.

¹⁶¹ Santos, Boaventura de Souza. The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. 1977.

segregar classes específicas da sociedade¹⁶².

Analisando as práticas policiais, inquéritos, bem como através de entrevistas, Duarte, Lacerda, Muraro e Garcia, apuraram que o perfil vigiado pelo policial em suas abordagens é um perfil estigmatizado, do negro/pobre. Na verdade, o policial corresponde uma expectativa do sistema penal e da sociedade (abarcando, legislativo, executivo e judiciário), na esperança que validem suas ações, ou seja, que perseguem alguns perfis sociais com o propósito de atingirem “vontades” de uma sociedade e um “perfil” institucional pré-determinado¹⁶³. (DUARTE, MURARO, LACERDA, GARCIA, 2014).

Configura-se assim, a ausência do Estado Social e a presença do Estado Penal, aprisionador, segregador, perseguidor, dirigido a (não)cidadãos específicos, os pobres favelados. Esse cerco, ajuntado da repressão gera um afastamento, mas também um enfraquecimento das lideranças positivas, deixando um vazio a ser preenchido.

Dessa forma a violência do crime organizado toma conta dos ambientes “sem Estado”, instalam-se e coagem os cidadãos. Restando a esses uma posição de mediador entre traficantes e polícia. Os moradores que não tem correlação com o varejo de drogas encontram-se confinados nessa linha cruzada ao tempo que são rotulados e estigmatizados pela segurança pública estatal¹⁶⁴.

O autor Alessandro de Giorgi, ao desenvolver seu raciocínio sobre a relação entre a efetividade das políticas sociais e sua influência nos índices de encarceramento:

As taxas de encarceramento, que desde a depressão de 1929 ao final dos anos 1960 foram mantidas em níveis particularmente baixos, a partir dos primeiros anos da década de 1970 começam novamente a crescer, inaugurando uma tendência que assumirá proporções cada vez maiores nos anos subsequentes. (DE GIORGI, 2010)

A questão da omissão do estado bem-feitor com a excessiva presença do estado punitivo, é referenciada pelos habitantes. Estudos realizados em comunidades demonstram que o antigo problema das incursões policiais violentas apenas aumenta.

¹⁶² WACQUANT, Loic. As prisões da Miséria. Jorge Zahar. Rio de Janeiro. 2001.

¹⁶³ DUARTE, E. C. P.; MURARO, M.; LACERDA, M.; DEUS GARCIA, Rafael de. Quem é o suspeito do crime de tráfico de droga? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficantes pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. 2014.

¹⁶⁴ Idem.

Ocorre, pois, que os cidadãos não reconhecem nesse Estado um ente protetor, pois o mesmo não lhes conhece dignidade e cidadania, tampouco protege seus direitos e condições de vida¹⁶⁵.

No mesmo sentido, outro problema relevante, é a deficiência de representantes políticos, que transcrevam os problemas da comunidade, em demanda jurídica, ou mesmo em reivindicação política, e que em época anterior foi tarefa feita pela associação dos moradores. Hoje, algumas ong's tentam contribuir com essas tarefas mas não com a mesma ênfase que as associações de outrora.

4. O sistema penal brasileiro: a punição da pobreza

No período de 1995 até 2010, período analisado, o Brasil registrou, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento entre 50 países do mundo, com um crescimento na ordem de 136%¹⁶⁶, nesse mesmo sentido, o texto do relatório apresenta outra taxa ainda mais assustadora:

Número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano” (DEPEN, 2015).

No mesmo sentido, o recente “Mapa do Encarceramento¹⁶⁷” realizado pelo Governo Federal, a partir da análise do sistema de dados do Ministério da Justiça, IBGE e IPEA, apresenta o aumento de 74% da população carcerária no país dos anos de 2005 até 2012.

O Relatório do Depen divulga uma marca de 231.062 mil déficit de vagas no Sistema Penal. O percentual de presos provisórios é de 41%, o que confirma as afirmativas sustentadas pelo Prof. Zaffaroni, e chegamos a um marco de 300 presos por 100.000 mil habitantes, um número acima de México, África do Sul e Argentina, por exemplo¹⁶⁸.

No que toca o Ranking de maiores países com densidade populacional, o estudo

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Mapa do: os jovens do Brasil/Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília. 2014.

¹⁶⁸ Idem.

do CNJ divulga o Brasil na 4ª posição, apenas atrás de Estados Unidos, China e Rússia, computados presos domiciliares o Brasil ultrapassa a Rússia, ficando em 3º colocado mundial¹⁶⁹.

O Relatório do Depen de Junho de 2015 em sua análise do perfil do encarcerado no Brasil, toma o devido cuidado de caracterizar que 67% dos aprisionados são de etnia negra.

Ao considerar a educação dos aprisionados se obtém os seguintes números: 12,2% tem o Ensino Fundamental Completo, 45,3% tem o Ensino Fundamental Incompleto, 12,5% por cento são Alfabetizados, 5,4% dos aprisionados são analfabetos. Apenas 18,7% dos Encarcerados tem Ensino Médio e Somente 1,2% por cento o Ensino Superior.

Pode se aprontar que 63% dos presos concluíram seus estudos antes da 8ª série e somados aos que tem a instrução fundamental completa (8ª série), chegam ao expressivo número de 75,43%.

Não há dados quanto a renda dos encarcerados, porém cruzando tais dados com a Revista Retratos da Desigualdades do IPEA (2011)¹⁷⁰, se obtém as seguintes informações: 66,2% das residências localizadas em favelas são chefiadas por homens ou mulheres negras.

Mais que isso, em 2009, os negros recebiam 55% da renda referente aos brancos, e representavam apenas 24% em referência aos brancos, no que toca a camada dos 10% mais ricos da população. Já em afinidade aos 10% mais pobres da população, os negros representam 72% da população.

Conclui-se então, que sendo a maioria dos encarcerados de etnia negra e que a maior parte dos cidadãos dessa etnia encontra-se na camada mais pobre da população, os dados levam a uma indireta constatação de que a massa carcerária é composta por em sua maior parte por pessoas representantes da camada mais vulnerável economicamente.

Ainda é importante mencionar, no que toca os relatórios governamentais, que da massa carcerária brasileira, 35% dos encarcerados, respondem por delitos patrimoniais, 27% por crimes de entorpecentes, o que é um fator a ser considerado.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ Retrato das desigualdades de gênero e raça / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [et al.]. - 4ª ed. - Brasília: Ipea, 2011.

Importante mencionar, as questões que o autor Eugenio Raul Zaffaroni define como autoritarismo cool¹⁷¹, segundo este a principal característica do aprisionamento latino americano é que $\frac{3}{4}$ dos encarcerados são presos provisórios, mas já cumprem a pena definitiva sem sequer terem sido sentenciados, explica:

Nos casos de delitos graves, a prisão preventiva é seguida de reclusões perpétuas ou penas absurdamente prolongadas, que em muitos casos superam a possibilidade de vida das pessoas: os indesejáveis continuam sendo eliminados por meio de medidas administrativas, penas desproporcionais (para reincidentes) e internação em cárceres marcados por altíssimos índices de violência, de mortalidade hétero e auto agressiva e de morbidade, ou seja, alta probabilidade de eliminação física, paralelamente às execuções policiais e para-policiais sem processo. (ZAFFARONI, 2007)

A repressão das camadas trabalhadoras pelo que Bourdieu chama de “mão esquerda” do estado, representada pela educação, saúde pública, segurança pública, previdência social e moradia, hoje em dia é substituída pela regulação da “mão direita” deste Estado, que é a polícia, tribunais e sistema prisional, cada vez mais ativos e agressivos em sua atuação frente as classes vulneráveis.^{172 173}(WACQUANT 2003a,) BOURDIEU, 1998)

O Brasil se espelha no pensamento americano sua política criminal autoritária, espelhada como superpotência mundial, que vende esta como uma política criminal eficiente. Não obstante por ser a própria fórmula apresentada como solução para os problemas sociais gerados neoliberalismo, não é de hoje que se denuncia o perigo desse tipo de política¹⁷⁴:

No Brasil, como em nações vizinhas, este empréstimo promete produzir uma catástrofe social de proporções históricas porque a profundidade ea escala da pobreza urbana são muito maiores, o crime violento é mais efusivo e mais enraizada na história e na economia do país, e porque a polícia brasileira não é um remédio contra a violência, mas uma importante fonte de violência em seu próprio direito. (WACQUANT, 2003)

¹⁷¹ Segundo este, vem da onda autoritária norte americana, principalmente midiática, porém que na América Latina não se sustenta, vez que é meramente propagandista, sem conteúdo teórico e decorre em penas preventivas em prisões superlotadas, sem estrutura, por isso “cool”.

¹⁷² Waqquant, L. The Penalization of Poverty and the Rise of Neo-Liberalism, 2003a.

¹⁷³ Bourdieu, Pierre, Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neo-liberal, 1998.

¹⁷⁴ Waqquant, L. (2003) 'Towards a Dictatorship over the Poor? Notes on the Penalization of Poverty in Brazil', 2003.

O autor denunciava também que este país não possuía um sistema penal organizado capaz de assegurar a proteção dos direitos dos cidadãos com condições prisionais indignas¹⁷⁵

Os efeitos explicitados por Wacquant há pouco mais de dez anos atrás, são colhidos nos atuais índices de encarceramento brasileiros atingiram números significativos, um total de 607.731 brasileiros encontram-se sob tutela do Estado, seja em estabelecimentos prisional ou mesmo sob tutela policial

A adoção de medidas de estilo americano de “varrer as ruas” e encarceramento em massa do marginal, do “inútil”, e aqueles resistentes à regra do mercado desregulamentado que se estendem um verdadeiro “direito penal do terror que recai sobre aqueles desfalcados do capital econômico e cultural necessárias para proteger-se da ilegalidade contruída dentro do Estado penal brasileiro.

Outro fenômeno é o aprisionamento do favelado e favelização do encarcerado (*the prison was “ghettoized, the ghetto was “prisonized*), a favela “aprisionada” como a sua composição de classe se tornou extremamente pobre, suas relações sociais internas desenvolveram-se através do medo, e as suas organizações internas minguaram a ponto de serem substituídas pelas instituições de controle social do Estado¹⁷⁶.

Por outro lado, a prisão foi “favelizada” quando a cultura predatória da rua suplantado o “código do condenado”, que tradicionalmente organizava a “sociedade do recluso” a reabilitação foi abandonada em favor de neutralização; e o estigma da condenação penal foi aprofundada e difundido de forma a torná-lo semelhante a desonra racial¹⁷⁷.

O cárcere é uma instituição que normalmente viola várias leis e valores que deve defender. Trata-se assim de uma instituição reprodutora de pobres e que seu recente crescimento e reabilitação apenas trabalham para aprofundar e consolidar a marginalidade urbana.

Em seu estado de colapso e catástrofe, o sistema carcerário brasileiro serve para concentração e reprodução da violência e para fomento da criminalidade. Tendo por prática reiterada a violação da legislação e principalmente dos direitos fundamentais,

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Wacquant, L. *Class, race & hyperincarceration in revanchist America*, 2010.

¹⁷⁷ Idem.

promovendo assim, um reflexo negativo nas pessoas negras e pobres, contaminando o funcionamento do restante das instituições encarregadas de gestão da violência. É uma fábrica de violência¹⁷⁸.

É perceptível que pelos dados expostos no Brasil ocorre um genocídio de negros, e que pessoas pobres vem sendo enclausuradas como forma de controle social, são os rotulados, estigmatizados e perseguidos pelo sistema penal.

O Brasil negligencia seus números prisionais, as autoridades omitem-se e empurram umas para as outras suas responsabilidades, culpam a falta de orçamento ao ponto que aumentam as políticas de encarceramento, como prisões preventivas, execuções sumárias, repressões policiais e guerras contra drogas.

As esferas dos poderes brasileiras efetivam um discurso contradito, talvez proposital, queixam-se dos altos índices e do cárcere lotado, denunciam o sistema putrefado, com taxas de mortalidade desumanas e condições de sobrevivência que não são dignas da pior masmorra medieval, no entanto, na primeira oportunidade verboram que o país é exemplo de impunidade e que as penas não são aplicadas, tornando assim os órgãos estatais em esfera potencializadoras de discursos policiaiscos.

Mais que isso, pouco percebem que o populismo penal midiático trazido para o executivo, legislativo e judiciário, por meio dessa postura contraditória dos membros dos três poderes, fez com que o Brasil esteja próximo de 1 milhão de pessoas encarceradas (711.463 pessoas¹⁷⁹), quando se faz necessário que àqueles que ocupam posição decisional olvidem-se da demagogia e da omissão e percebam que somente uma postura desencarceradora do judiciário, do executivo e do legislativo pode refletir em penas mais humanas, mais justas e proporcionais.

As decisões populistas, midiáticas e demagógicas, sob a falsa alcunha de igualdade para o mal, reduzindo direito para todos, piorando condições carcerárias e processuais para todos transformará o país no mais alto índice prisional mundial.

Não há qualquer outro caminho que não sejam os direitos e garantias fundamentais para todos os cidadãos e cidadãs do Brasil, penas mais justas, menos presídios, tratamento humanitário para pessoas apenadas, prisões provisórias somente para casos necessários, penas proporcionais ao injusto, fim do subjetivismo judicial, das

¹⁷⁸ Wacquant, L. 2008.

¹⁷⁹ <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>

arbitrariedades, dos casuísmos e uma política criminal que vise diminuir progressivamente com as prisões no Brasil para que as mesmas apenas venham a atender casos extremos, possibilitando uma condição digna para as pessoas que estiverem sob tutela e responsabilidade do estado, possam se reintegrar em sociedade e ocupar uma posição social sem voltar a delinquir.

5. CONCLUSÃO

119

Neste artigo, o que se buscou analisar foi a recente onda de encarceramento do país, através do fenômeno da Criminalização da Pobreza. Procuramos dessa forma, apresentar os desvanecidos economicamente como os “inimigos” do sistema penal brasileiro da atualidade.

Descaracterizar a condição humana ou cidadã de um grupo social é algo de extremo perigo, caracterizar determinado tipo de pessoa como descartável é algo cruel e meticuloso, utilizar do sistema penal para descartar tais grupos de uma sociedade é algo desumano.

Quando se analisa o hiperencarceramento, percebemos o liberalismo como raiz e o neo liberalismo como atualidade, as bases que fundamentam o sistema são claras: o contrato social, burguês, capitalista e excludente.

Por trás desse processo de cidadãos e inimigos resta sempre o vulnerável, se na Europa o imigrante africano e árabe são taxados de terrorista e não-cidadãos, na América os latinos, os imigrantes árabes, bem com os afro-descendentes, são considerados menos pessoas. Aqui no Brasil as taxas de encarceramento nos mostram que 67% dos negros, em sua maioria delinquentes por crimes patrimoniais ou drogas, são o inimigo do sistema penal, ou seja, ocorre um genocídio do povo negro e pobre que podem ser chamados de inimigos do sistema penal brasileiro.

As políticas intolerância e de controle social nada mais fazem do que reproduzir os erros realizados em países neoliberais, ou seja, a violação de direitos, a estigmatização de cidadãos e a punição da pobreza.

O neoliberalismo escolhe entre os seres humanos quais destes são merecedores da tutela do Estado de Direito e quais são aqueles que devem ser excomungados, vez que

são amaldiçoados e “imperfeitos” para essa sociedade, fundamenta teoricamente arbitrariedades a serem cometidas pelos agentes estatais.

De fato, os inimigos, os desvanecidos e os indesejados no sistema neoliberal são aqueles que representam o consumo mercadológico, porque estão em uma camada social onde sequer o provimento da dignidade lhe é conferido, quanto mais o do consumo/lucro.

Tais cidadãos, como bem apresentado por Wacquant, foram esquecidos no sonho americano e o estado social foi recolhido, dando mão ao estado de punição e ocasionando um massivo enclausuramento de indesejados.

O American Dream ao defrontar-se com a desigualdade social optou pelo extermínio, pelo aprisionamento, por cercar e esconder esses cidadãos que não servem a sociedade capitalista.

Ocorre, pois, que tais fatos foram massivamente denunciados por muitos pensadores, confrontando os resultados apresentados pelos reprodutores das políticas criminais neoliberais, com essas consequências aqui apresentadas, o que parece não ter surtido efeito.

Resta claro que as políticas expansionistas da punição trouxeram efeitos nefastos no sistema penal brasileiro, com um aumento considerável da massa de encarcerados e um verdadeiro “estado de sítio” traçado a uma classe social.

A favela brasileira e o cárcere no Brasil são conectados como unha e carne, um verdadeiro círculo vicioso, onde o cidadão encontra-se cercado e vigiado pelo estado, a fuga desse “American Nightmare” é muito difícil, é subverter a tendência lógica do planejamento neoliberal

Resta claro que toda vez que se adota uma política autoritária ela recai sobre as camadas vulneráveis, mais fracas e que não tem capacidade para protegerem-se, tornando-se vítimas do sistema penal.

Apresentamos a história do sistema penal e do capitalismo, de como as penas recaíram e recaem sobre o proletariado e de como os números do sistema penal brasileiro definem o perfil do selecionado: negro, pobre, jovem, de baixa escolaridade e que delitos patrimoniais são a maioria condenados no país.

É necessário, então, que passemos a discutir novas estratégias para lidar com os problemas de segurança pública, tomando por frente as garantias do cidadão, os princípios norteadores do direito e processo penal, as experiências internacionais de minimização

do encarceramento que tiveram efeito positivo, tais como penas alternativas, descarcerização, o fim da medieval prisão (pena) provisória.

Não obstante, mais do que a mudança de um plano de política criminal, é necessário um trabalho de aculturação, onde a punição e o castigo sejam definitivamente extinguidos dos interesses sociais e conseqüentemente do Estado, tendo por escopo uma política educacional e integracionista, com a finalidade de compreensão e resolução do conflito social a partir do entendimento do outro como ser humano, mas de forma alguma como inimigo.

O autoritarismo não tem limites, a lei protege o cidadão da tirania do soberano, conquista lograda a partir de duras penas no processo civilizatório e através de efusivos processos de luta pela liberdade, direitos e proteção ao homem, que não podem ser simplesmente abandonados e esquecidos.

Podemos afirmar que as recentes e bárbaras rebeliões que chocaram o país, bem como o fortalecimento de facções criminosas, estão diretamente conectados com essa política criminal que “varre as ruas”, infla os presídios e a partir da omissão do Estado¹⁸⁰, seja nas comunidades, seja no sistema prisional, fazem com que cada vez mais o rancor dos excluídos seja acumulado, expandindo um sentimento violento que só será posteriormente exorcisado em rebeliões que tendem a ser cada vez mais violentas, pois nada mais são que um grito desesperado de socorro¹⁸¹ de cidadãos em altíssimo grau de opressão, que bem da verdade o Estado Brasileiro apesar de tê-los “sob sua tutela”, finge que sequer existem, tratando os presídios como um depósito de seres vivos (abaixo da linha da dignidade, e portanto, da condição humana).

Referências

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neo-liberal, 1998.

DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. Revan. 2. ed.

DAL RI Jr., Amo. **O Estado e seus inimigos**. A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹⁸⁰ LEMOS, Eduardo Xavier. O Pluralismo Jurídico Na Omissão Estatal: O Direito Achado no Cárcere. Porto Alegre: Fabris, 2014.

¹⁸¹ Idem.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

DUARTE, E. C. P. ; MURARO, M. ; LACERDA, M. ; DEUS GARCIA, Rafael de. . Quem é o suspeito do crime de tráfico de droga? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficantes pelos Policiais Militares nas Cidades de Brasília, Curitiba e Salvador.. In: **Pensando a Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais**. 1ed.Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014, v. 5, p. 81-120.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 29.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

_____. **A verdade e as formas jurídicas** 2.ed. Rio de Janeiro: Nau., 1999..

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **A Criminogênese à luz da Criminologia Dialética**. 5ª Semana Internacional de Criminologia, São Paulo, 1975

_____. A Criminologia Radical. **Revista Direito Penal**, n. 31, Rio de Janeiro, 1982

_____. **Criminologia Dialética**. Ministério da Justiça. Brasília, 1994.

_____. . Humanismo Dialético. In: **Direito e Avesso**. Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, Brasília, a.II, n.3, 1983.

_____. **Perspectivas Atuais da Criminologia**. Método, Problemas, Aplicações. Recife: 1967.

LEITE, Marcia Pereira. Pobreza y exclusión en las favelas de Río de Janeiro in **Procesos de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social: Los retos de las políticas sociales de las ciudades latinoamericanas del siglo XXI**, Clacso, Bogotá, 2008.

LEMONS, Eduardo Xavier. **O Pluralismo Jurídico Na Omissão Estatal: O Direito Achado no Cárcere**. Porto Alegre: Fabris, 2014..

_____. Análise do Movimento do Direito Alternativo, jurisprudência, teoria e evolução histórica. **Revista Crítica do Direito**. Numero 3. V.50. 2013

_____. A ascensão de um Direito Dionisíaco mediante o surgimento das Teorias Pluralistas do Direito. **Revista Crítica do Direito**. Numero 3. V. 51. 2013.

_____. Revisitando Herrera Flores. **Revista Crítica do Direito: Compreensões Acerca da Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Numero 3. V. 58. 2014.

_____. Reivindicação coletiva de direitos, movimentos sociais e repressão: as greves do abc como objeto de estudo. **Revista Jurídica Cesumar**: Mestrado . jul-dez2015, Vol. 15 Issue 2, p471-492. 22p.

_____. Rebeliões prisionais: A face oculta e sórdida do neoliberalismo brasileiro. *Revista Carta Maior*. 10 de Janeiro de 2017. Acesso em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Rebelioes-prisionais-A-face-oculta-e-sordida-do-neoliberalismo-brasileiro/4/37546>

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia Dialética**. Ministério da Justiça. Brasília, 1994.

Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil/Secretaria-Geral da Presidência da República. Brasília. 2014.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **As origens do Sistema Penitenciário** (Séculos XVI-XIX). Revan. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2010.

RUSCHE, George, KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Law of the Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada**. Source: *Law & Society Review*, v.12, n.1, autumn, 1977.

_____. **Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada**. 1987. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura1d.html>>.

_____. **A justiça Popular em Cabo Verde**. São Paulo: Cortez, 2015.

_____. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

_____. **Poderá o direito ser emancipatório?** Vitória: Faculdade de Direito e Fundação Boiteux, 2007.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

_____. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna.**, São Paulo: Graal.

_____. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**, *Criminologia Radical*, 2006.

_____. A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal. In: **XIX Conferência Nacional dos Advogados** - República, Poder e Cidadania, 2005, Florianópolis. XIX Conferência Nacional dos Advogados - República, Poder e Cidadania. Brasília: OAB Conselho Federal, 2005. v. 2. p. 809-815.

_____. **Instituto de Criminologia e Política Criminal**. 2012; Tema: Crime, Política Criminal e Direitos Humanos. (Site).

WACQUANT, Loic. **Punir Os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

_____. (2001a) The Penalisation of Poverty and the Rise of Neoliberalism. **European Journal on Criminal Policy and Research**, Special issue on Criminal Justice and Social Policy 401–412.

_____. (2007) **Urban Outcasts: A Comparative Sociology of Advanced Marginality**. Cambridge:

Polity Press.

_____. (2001). The penalisation of poverty and the rise of Neo-Liberalism. **European Journal on Criminal Policy and Research**, 9(4), 401–412.

_____. (2003). **Toward a dictatorship over the poor?** Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment & Society*, 5(2), 197–205.

_____. (2008a). **Urban outcasts: A comparative sociology of advanced marginality**. Cambridge: Polity Press.

_____. Probing the Meta Prison. In **The Globalization of Supermax prisons**. Critical Issues in Crime and Society. Edited by Jeffrey Ross, 2013.

_____. (2008b). **The militarization of urban marginality: Lessons from the Brazilian metropolis**. *International Political Sociology*, 1(2), 56–64.

_____. (2010a). **Crafting the neoliberal state: Workfare, prisonfare, and social insecurity**. *Sociological Forum*, 25(2), 197–220. (3), 74–90.

_____. (2010b). **Class, race & hyperincarceration in revanchist America**. *Daedalus*, 139(3),

_____. **The Prison is an Outlaw Institution**. *Howard Journal of Criminal Justice* 51(1): 1–15., 2012

_____. **The place of the prisonment in the new government of poverty**. Minneapolis, University of Minnesota Press, forthcoming in 2007

_____. **Notes on the penalization of poverty in Brazil**. Notes on the Penalization of Poverty in Brazil,” *Punishment & Society* 5.2 (April 2003)

_____. **Four Strategies To Curb Carceral Costs: On Managing Mass Imprisonment In The United States**. *Studies in Political Economy*, 69: 19–30. 2002.

_____. Crime e Castigo nos Estados Unidos: de Nixon A Clinton. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n.13, p.39-50, nov.1999.

_____. The curious eclipse of prison ethnography in the age of mass incarceration. *Ethnography* December 2002 vol. 3 no. 4 371-397

_____. **Três Premissas Perniciosas no Estudo Do Gueto Norte-Americano** Mana [online]. 1996, vol.2, n.2, pp. 145-161. ISSN 0104-9313.

_____. **Putas, Escravos e Garanhões:** Linguagens de Exploração e de acomodação entre Boxeadores Profissionais. *Mana*, Out 2000, vol.6, no.2, p.127-146. ISSN 0104-9313

_____. **As Prisões da miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio** – Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WOLKMER, **Pluralismo Jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n.53, p.1-16, dez. 2006.

_____. **Pluralismo Jurídico:** Fundamentos de una nueva cultura del derecho. Sevilla: Mad, 2006.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **Pluralismo Jurídico.** Teoria y Experiências. México: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P Enrique Gutiérrez, 2007.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na sociedade recente. Rio de Janeiro, Revan: 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal.** Revan. Rio de Janeiro. 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 2001.

ZALUAR, Alba Maria. SOUZA, Marcos Alvito, Pereira de. **Um Século de Favela.** Rio de Janeiro. Editora FGV, 5ª Ed. 2006.

ZICCARDI, Alicia. Pobreza Y Exclusión Social En Las Ciudades Del Siglo XXI **in Procesos de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social:** Los retos de las políticas sociales de las ciudades latinoamericanas del siglo XXI, Clacso, Bogotá, 2008.

A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO DIREITO SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Igor Rodrigues Britto

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-Graduado em Direito do Consumidor e em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Transformação do Estado pela Universidade Carlos III de Madrid. Foi pesquisador convidado do Centro de Estudios del Consumidor da Universidad de Castilla-La Mancha. Foi bolsista da Fundación Carolina. Advogado. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

126

Resumo

O presente artigo busca analisar o direito do consumidor como categoria dos direitos sociais e por consequência verificar o dever constitucional da Administração Pública de defender o consumidor como um direito social e difuso dos cidadãos no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao elevar a defesa do consumidor à categoria de direito constitucional de ordem social, e ao mesmo tempo fundamentá-la como um dever fundamental do Estado, este estudo avalia os efeitos políticos e jurídicos da inércia recorrente e sistematizada do Poder Público em estruturar-se para execução de uma Política Nacional das Relações de Consumo, expressamente prevista em legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Defesa do Consumidor. Direitos sociais. Política Nacional das Relações de Consumo

1. Defesa do Consumidor como Direito Social

Existe certo dilema sobre os fundamentos, pressupostos e natureza do Direito do Consumidor na ordem jurídica brasileira. Ainda que reconhecido constitucionalmente, o conjunto de direitos do cidadão consumidor é erroneamente entendido como direito privado originado do fracasso do direito civil para regular as relações de consumo, ou como direito público econômico, em razão de sua origem nas normas de proteção da economia popular, ou até mesmo como direito administrativo pela consideração ao papel do Estado interventor no mercado de consumo para controle das práticas dos fornecedores de produtos e serviços.

Sob essa perspectiva muito superficial, o tratamento jurídico dado às relações jurídicas de consumo por vezes é identificado como uma especialização do Direito Civil ou até mesmo do Direito Comercial. Se visto apenas como conjunto de normas que pretende regular relações de compra, de contratação e de responsabilidade civil, os direitos do consumidor chegariam a ser diminuídos a um subsistema de direito privado aplicado em diálogo com os ramos mais tradicionais em razão da impossibilidade destes

em reconhecer e tratar “certos contratantes” como parte mais frágil da relação e merecedora de direitos especiais. O Direito do Consumidor é muito mais do que isso.

Por outro lado, se tratado como uma evolução das normas reguladoras da economia popular¹⁸², que exigem a atuação policial do Estado na fiscalização das práticas desonestas de mercado, o Direito do Consumidor se resumiria a uma categoria do Direito Público voltada apenas ao controle de agentes econômicos para defesa dos interesses individuais das pessoas. O Direito do Consumidor também é muito mais do que isso.

Os direitos dos consumidores no Brasil, codificados e também protegidos por uma enorme quantidade de normas que permeiam e se relacionam como todos os ramos jurídicos autônomos, são objeto tanto da atuação do Poder Judiciário, onde representam grande parte dos temas em processos cíveis, como do Poder Executivo, onde tomam o espaço de uma complexa tentativa de sistematização de órgãos e entes da Administração voltados à execução de uma Política Nacional das Relações de Consumo.

É possível perceber - e assim garantir - um status constitucional de maior relevância histórica e política ao Direito do Consumidor. A evolução desse ramo jurídico na recente história brasileira permite uma análise mais profunda sobre o que efetivamente representa sua previsão na Constituição brasileira, e, ao fim, leva à conclusão que o Direito do Consumidor é relevante exemplo da presença dos direitos sociais num Estado Democrático de Direito.

A defesa estatal do consumidor como um direito fundamental do cidadão¹⁸³ se apresenta como o reconhecimento da relação de dependência que há entre o exercício da cidadania e o acesso aos bens e serviços de consumo, e ao mesmo tempo a relação de vulnerabilidade existente entre os cidadãos consumidores e os agentes fornecedores de bens de consumo.

¹⁸² A visão diminuta dos direitos do consumidor como regras de direito administrativo talvez decorra de sua origem no Brasil. Marcelo Sodré (2007, pgs. 110 a 124) realizou um completo estudo sobre o que ele chamou de “segundo estágio” das fases da legislação de defesa do consumidor, para demonstrar que até meados da década de 1980 (quando o estágio de direitos difusos surge) as normas de defesa do consumidor se caracterizavam como regras de direito administrativo, com normas sobre preço e abastecimento (com protagonismo da Sunab, que muitos hoje a identificam como os primórdios dos Procons), sobre pesos e medidas e sobre saúde e vigilância sanitária.

¹⁸³ Art. 5º, XXXII, C.F.: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A Constituição Federal exige a atuação do Estado protetor dos consumidores como um dever fundamental, e não é à toa. Não se trata, portanto apenas de reconhecer a falência do Direito Civil para solucionar conflitos de consumo, que em razão da sua natureza de dar tratamento igualitário às partes coloca em risco a segurança jurídica para a parte contratante em natural desvantagem. Não se trata também de substituir o Direito Comercial, que visando garantir a proteção da livre iniciativa e das garantias empresariais macularia assim integralmente os “interesses do cliente”. Como já dito, a Constituição Federal brasileira identifica no Direito do Consumidor algo muito maior do que esses pressupostos. Reconhece no consumo a cidadania, reconhece no consumidor o sujeito vulnerável detentor de direitos fundamentais na sociedade de consumo¹⁸⁴, e reconhece no Estado o seu inafastável dever de proteção dos vulneráveis.

O surgimento do Direito do Consumidor no Brasil é resultado de intensa movimentação da sociedade civil organizada¹⁸⁵.

¹⁸⁴ A respeito da sociedade de consumo, já pudemos refletir anteriormente sobre sua definição considerando seu desenvolvimento histórico: “*A partir do momento em que as sociedades capitalistas se estabeleceram sob pilares de produção e consumo, a necessidade de uma produção em massa para geração de riquezas exigiu um consumo igualmente massificado dos bens produzidos. Quando produção e consumo se tornaram a grande riqueza das nações, a humanidade viu-se diante da necessidade de desenvolver formas de produção em série. Diante de uma fabricação uniforme e da distribuição crescente de bens idênticos, os indivíduos perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos. Além disso, foi necessário criar em toda a sociedade, desejos e necessidades de consumo cada vez maiores*” (BRITTO & SANTOS, 2009, p. 284)

¹⁸⁵ Marcelo Sodré (2009, pg 22) afirma que “*antes da criação de um direito do consumidor, como resposta a estes conflitos, ocorreu o surgimento e desenvolvimento das entidades de defesa dos consumidores. O direito é um resultado dos conflitos sociais e não o contrário. Por isso mesmo, o direito do consumidor irá nascer nos países de primeiro mundo, se estendendo, mais tarde, aos países de terceiro mundo. É no primeiro mundo que a sociedade começa a se organizar e a buscar instrumentos para se defender.*” Sabe-se que as associações civis de consumidores e suas pautas e agendas nos países mais desenvolvidos influenciaram já nos anos de 1960 a criação de entidades internacionais privadas de defesa dos consumidores. Por sua vez, essas instituições passaram a inspirar o surgimento de associações de consumidores no Brasil apenas no início dos anos de 1980. Em âmbito internacional ou no Brasil, tais entidades civis adotavam como agenda principal a exigência aos poderes públicos para que elaborassem marcos legais de reconhecimento dos consumidores como sujeitos de direito especiais e de proteção desses direitos.

A consolidação de um Código de Defesa do Consumidor, por expressa imposição do constituinte¹⁸⁶, concretizou um compromisso do Poder Legislativo com a sociedade brasileira, que demandava, em 1988, o reconhecimento jurídico do consumidor como sujeito vulnerável e a aprovação de normas de ordem pública e de interesse social para as relações de consumo. E nesse sentido, por mais que a Lei 8.078 de 1990 - o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – possa vir a ser compreendida pelos estudantes numa perspectiva de direitos individuais liberais, por uma percepção diminuída do seu escopo a partir de suas regras de proteção ao patrimônio do consumidor, aos interesses econômicos individuais ou aos seus direitos de personalidade, é certo que a presença da defesa do consumidor na Constituição se dá muito mais por um direito social, que por sua vez consubstancia no Código os instrumentos de dirigismo contratual, de forte intervenção do Estado nos contratos em busca do atendimento da função sua social, da boa-fé e da dignidade humana¹⁸⁷.

Analisando os direitos do consumidor a partir de categorias de direito, é possível afirmar que sua natureza protetiva, que reconhece o indivíduo como sujeito merecedor de direitos especiais em razão de sua fraqueza jurídica e econômica, e assim pressupõem não apenas normas e princípios que garantem um espaço privilegiado protetor contra a atuação abusiva dos fornecedores mas também que exige do Estado uma atuação concreta, coloca o direito do consumidor na categoria de direitos sociais, já que, inevitavelmente, depende da prestação positiva do Poder Público para garantia da efetivação e exercício desses direitos, ainda que novas tecnologias pretendam substituir o papel do Estado.

No Brasil, ainda não surgiram medidas privadas capazes de garantir uma confiança no mercado de consumo suficiente de suprimir o papel constitucional do Estado de efetivar o serviço de defesa do consumidor. O próprio reconhecimento do consumidor

¹⁸⁶ ADCT, Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹⁸⁷ “Tenha-se que a proteção constitucional do consumidor se revela muito mais um direito social coletivo do que um direito liberal individual. Em sendo um direito social coletivo, em vez de um direito liberal individual, não estaria o direito do consumidor albergado pela superproteção das ‘cláusulas pétreas’, que se refere unicamente aos direitos e garantias fundamentais individuais, mas não a todo e qualquer direito fundamental, como soe acontecer com os direitos fundamentais coletivos e direitos fundamentais sociais” (ALVES JR., 2013, p. 18)

como sujeito vulnerável já pressupõe que somente o poder estatal será capaz de dirimir a desigualdade entre consumidores e fornecedores.

Direito do Consumidor é também direito difuso, porque ao ser considerado o consumidor como membro de uma massa tão indeterminável de pessoas igualmente vulneráveis, sua proteção se realiza na prática para a toda a sociedade de consumidores, onde ninguém é capaz de deixar de ser consumidor. E nesse sentido, o Estado só parece encontrar um substituto à altura na organização da própria sociedade de consumidores. Entretanto, a cultura do associativismo no Brasil é ainda tão incipiente, que mesmos as entidades civis de defesa do consumidor exigirão do Estado o cumprimento do seu dever constitucional.

Os direitos do consumidor são analisados, portanto na perspectiva dupla de categoria dos direitos sociais, e de natureza transindividual, compondo assim o quadro de diferentes gerações de direitos fundamentais.

2. A Defesa do Consumidor no Estado Democrático de Direito

O comando constitucional indica que a Lei imporá as condições em que o Estado realizará seu papel fundamental de defensor do consumidor. O pressuposto de direito social da defesa do consumidor pelo Estado se mostra evidente como instrumento para eficácia de direitos fundamentais (art. 5º, XXXII, C.F) ou como elemento de intervenção do Estado na sociedade e na economia para garantia dos interesses dos consumidores (art. 170, V¹⁸⁸). Ao mesmo tempo, a sujeição do Estado à Lei encomendada constitucionalmente indica que esse poder-dever se insere no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em consequência da natureza de Direito Social numa concepção de Estado Democrático de Direito, o Código de Defesa do Consumidor estabelece princípios para uma Política Nacional das Relações de Consumo, que o Poder Executivo deve concretizar. Como princípio primeiro dessa Política Nacional, o Código estabelece “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (art. 4º, I).

¹⁸⁸ Art. 170, CF. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; [...].

A vulnerabilidade do consumidor, entendida tanto como a sua posição de desvantagem original perante os agentes econômicos fornecedores de bens de consumo, quanto a sua sujeição natural ao risco na sociedade de consumo, se concretiza em diferentes pilares de sua identidade cidadã. Sua incapacidade de compreender tecnicamente a produção e o fornecimento dos bens e serviços que necessita o coloca numa posição de absoluta desvantagem naquilo que os economistas gostam de chamar de assimetria de informação.

A vulnerabilidade pode ser também reconhecida em uma concepção de absoluta desvantagem econômica. É da natureza da sociedade de consumo que a demanda por bens e serviços se transforme numa dependência dos consumidores em relação aos fornecedores, e a produção se concentre de tal forma que represente um poder econômico destes, concretizado em imposição de padrões de oferta, de contrato e de consumo. Como já dito, essa dependência dos consumidores, por um lado, e esse poder de imposição dos fornecedores, por outro, se agrava quando o acesso ao consumo se apresenta como um exercício de cidadania na sociedade de consumo. Esse contexto não é compreensível naturalmente pela sociedade de consumidores, e a incapacidade de compreensão também impede que a massa de indivíduos sequer perceba seu papel relevantíssimo nos mercados e a afasta da capacidade de se organizar para a busca de seus direitos coletivamente.

É reconhecendo que todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo, que o Código de Defesa do Consumidor estabelece não apenas direitos para os consumidores e deveres para os fornecedores. Em obediência à imposição constitucional, o CDC estabelece deveres e instrumentos para a Administração Pública de concretização do papel do Estado de defensor dos consumidores. Ao fim, essa elevada necessidade de proteção do Estado parece configurar a melhor definição de hipossuficiência¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Já tivemos a oportunidade de discorrer sobre os efeitos da sociedade de consumo na formação da vulnerabilidade do consumidor. Em estudos anteriores sobre o papel dos órgãos públicos de defesa do consumidor na solução de conflitos de consumo, pudemos concluir que, apesar do reconhecimento do papel do Estado na defesa do consumidor, esse centralismo jurídico estatal acaba por representar um obstáculo organizacional, a que se referia Mauro Cappelletti. Sobre essa reflexão afirmamos: “*A partir do desenvolvimento de sistemas de fabricação uniforme e de distribuição de bens idênticos, os indivíduos que perderam oportunidades de escolha e foram induzidos a gostos e desejos coletivos, se enfraquecem ao passo que se fortalecem os produtores e fornecedores de bens e serviços. O atual contexto sócio-econômico no qual se inserem as relações contratuais modernas, praticamente nega ao consumidor contratante a oportunidade real de escolha e formação de sua vontade, o que lhe retira as possibilidades de negociar. Assim se retrata a dependência, a vulnerabilidade e a*

3. A Política Nacional das Relações de Consumo como a execução dos deveres fundamentais e concretização dos direitos sociais.

A Política Nacional das Relações de Consumo, uma estrutura de princípios jurídicos e deveres estatais que conformam os instrumentos e meios de intervenção do Estado nas relações de consumo, expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, é a representação dos Direitos Sociais de defesa do consumidor pelo Estado configurados e concretizados na legislação infraconstitucional.

O CDC estabelece como princípios dessa política, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º)¹⁹⁰: (a) ação governamental no sentido de proteger

hipossuficiência do consumidor. Uma debilidade dúplice, que se manifesta nas relações de consumo, assim como no cenário de administração estatal do conflito já instaurado. Muito se critica o fato de que os processos de justificação e conquista de novos direitos difusos (dentre os quais os de consumidores), não foram acompanhados pela atuação positiva do Estado na proteção e efetivação desses direitos. O centralismo jurídico estatal, arquitetado para administrar conflitos individuais de consumo, que torna deficitária a tutela de direitos difusos e coletivos, é apontado como um dos principais obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no final do século XX, qual seja: o obstáculo organizacional" (BRITTO & SANTOS, 2009, p. 286).

¹⁹⁰ O artigo 4º do CDC, estabelece diversos princípios para a Política Nacional das Relações de Consumo, diretamente relacionados a uma identificação dos consumidores como sujeito de direitos especial, merecedor de que suas demandas sociais e econômicas sejam atendidas, e também a uma identificação das relações de consumo como um contexto em que o Estado deve se fazer presente para garantir desenvolvimento econômico de forma eficiente e equilibrada. Para evitar como compreensão limitada dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, transcrevemos o dispositivo legal integralmente: *Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos*

efetivamente o consumidor por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas, pela presença do Estado no mercado de consumo, e pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; (b) educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; e (c) coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

O Poder Executivo vem se encarregando dessas três tarefas (ação governamental concreta para defesa dos consumidores, educação e informação sobre direitos dos consumidores, e coibição e repressão de abusos), nas esferas federal, estaduais, municipais e distrital. Os conhecidos Procons, estruturas da administração pública direta ou indireta dedicadas à defesa efetiva dos consumidores nos estados, nos municípios e no DF, são as maiores representações da concretização desses princípios. Em âmbito federal, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça é o órgão que tem a prerrogativa de executar a Política Nacional. O Ministério Público também tem uma participação muito representativa na execução dessa política, seja por funcionar em alguns estados como o principal protagonista desses três eixos principiológicos, como órgão executivo estadual da defesa do consumidor, seja no exercício das suas funções constitucionais de representante da sociedade e legitimado para propositura das ações coletivas. Não se pode negar o papel também cada vez mais institucionalizado da Defensoria Pública, quando especializada e estruturada para realização de atendimento dos consumidores e realização dos seus papéis constitucionais. Por fim, apesar de nem sempre se reconhecerem como tais, as agências reguladoras foram concebidas originalmente para realizar a proteção dos direitos dos consumidores, por meio de seus

alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

processos punitivos aos agentes regulados que descumprissem suas normas de proteção dos consumidores e outros mecanismos regulatórios¹⁹¹.

A capacidade dos órgãos e entes públicos cumprirem com eficiência esses eixos estruturantes da atuação do Poder Executivo na defesa do consumidor é constantemente questionada. Apesar do notório prestígio que os Procons, o Ministério Público, a Secretaria Nacional do Consumidor e a Defensoria Pública possuem para execução da política nacional das relações de consumo, e por consequência, para concretização do direito social de defesa do consumidor pelo Estado, os próprios índices crescentes de reclamação de consumidores que registram, de ações de consumidores perante o Judiciário, bem como o surgimento de canais alternativos eletrônicos e privados para solução de conflitos de consumidores, indicam a ineficiência do Poder Executivo em cumprir com seu dever fundamental de atendimento e proteção dos consumidores.

A característica da defesa do consumidor como um direito social não pode representar a própria justificativa para seu fracasso como um dever fundamental. É certo que a concretização dos direitos sociais exigem um elevado custo administrativo, o uso de recursos públicos e assim o sacrifício de desejos mais liberais, a fim de custear a estrutura pública defensora dos consumidores. Mas existem soluções que necessitam ser promovidas a fim de que os resultados sejam atingidos para a concretização da Constituição¹⁹².

¹⁹¹ Adotamos essa definição de papel “original” das agências reguladoras na defesa do consumidor, por reconhecer que no seu desenvolvimento, essas entidades passaram a concentrar seus recursos humanos, suas regulações, estudos e demais atuações muito mais na busca pelo desenvolvimento dos mercados regulados e no atendimento das demandas dos agentes regulados para garantir a sustentabilidade econômica desses mercados, do que necessariamente com a atenção das demandas dos consumidores desses serviços. Mas em sua origem, estavam destinadas a realizar de forma precípua a defesa do consumidor. A recomendação aprovada em maio de 1996 pelo extinto Conselho de Reforma do Estado sobre Construção do Marco Legal dos Entes Reguladores tratou da necessidade de estabelecimento de critérios gerais para a criação de entidades de fiscalização e regulação de serviços públicos e recomendou a definição de um padrão nos Anteprojetos de Leis para criação das agências reguladoras. Dentre outros objetivos da função regulatória o documento estabeleceu: garantir dos direitos dos consumidores e usuários dos serviços públicos; dirimir conflitos entre consumidores e usuários, de um lado, e empresas prestadoras de serviços públicos; prevenir o abuso do poder econômico por agentes prestadores de serviços públicos.

¹⁹² “Não basta que o voluntarismo de um texto constitucional prometa utopicamente mundos e fundos, pois do papel à realidade concreta medeia uma distância que muitas vezes não há como transpor. Em razão destas dificuldades, durante boa parte do século XX, a doutrina dominante negava a possibilidade de tutela judicial aos direitos sociais e econômicos consagrados nas constituições, rotulando as normas que os positivavam como de caráter

Poucos são os estados da federação e municípios que dotaram seus Procons de autonomia administrativa e financeira a fim de garantir a esse serviço a eficiência de gestão e a independência técnica necessária para o combate aos abusos praticados por fornecedores no mercado de consumo e a defesa dos consumidores de forma efetiva e continuada. E dentre os que descentralizaram o serviço de defesa do consumidor a partir de criação de autarquias estaduais e municipais, poucos foram os que organizaram carreiras públicas especiais para agentes de defesa do consumidor com realização de concursos públicos, ou estabeleceram outros mecanismos previstos em lei para garantia da continuidade da política pública.

É notório que em cenários assim, a defesa do consumidor seja tomada por uma atuação de grupos políticos, com interesses meramente eleitorais, na medida em que a defesa do consumidor, por sua natureza, possui o forte apelo popular dos Direitos Sociais, garantindo visibilidade e projeção política para os dirigentes dos órgãos de defesa do consumidor.

Ao mesmo tempo, a desestruturação no âmbito federal e local dos órgãos de defesa do consumidor, com o esvaziamento de pessoal, com o sucateamento dos bens públicos a sua disposição e com a retenção de recursos públicos que em tese seriam destinadas a sua manutenção, cenário visível nos dias atuais, configuram o descumprimento dos deveres estabelecidos para uma política nacional de defesa do consumidor e, em âmbito constitucional, a violação de direitos sociais de defesa do consumidor pelo Estado e descumprimento dos seus deveres fundamentais.

A percepção da defesa do consumidor como um direito social do cidadão e da coletividade, e como um dever fundamental no Estado Democrático de Direito permite afirmar que o descumprimento, ou cumprimento ineficiente ou parcial, da Política

meramente programático. Tal posição encontra-se teoricamente ultrapassada, pois mesmo a doutrina ideologicamente mais próxima do liberalismo tem reconhecido alguma eficácia jurídica aos direitos sociais, pelo menos no que se relaciona à proteção do mínimo existencial, vale dizer, à garantia daquelas prestações materiais indispensáveis para a vida humana sem as quais sequer o desfrute das liberdades faz-se possível. No entanto, o fato de os direitos sociais serem efetivados através de políticas públicas que dependem de verbas governamentais, cujo custo é repartido por toda a sociedade, engendra uma série de questões que têm de ser equacionadas. [...] Não é este o espaço próprio para enfrentar estas intrincadas questões, que revelam, no entanto, as enormes dificuldades que cercam os direitos sociais. Mas reconhecer estas dificuldades não importa em renunciar ao desafio de superá-las, o que, no nosso entendimento, só pode ser logrado através da fórmula que tente conciliar a eficácia destes direitos com o vetor democrático" (SARMENTO, 2008, pgs. 21 e 22).

Nacional das Relações de Consumo pelos poderes executivos federal e locais merece os mais modernos e rigorosos remédios adotados pelo Poder Judiciário quando provocados, podendo representar, inclusive estado de coisas inconstitucional¹⁹³, o que certamente merece outro estudo.

Referências

ALVES JÚNIOR, Luis Carlos Martins. A proteção constitucional do direito do consumidor na dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. **Universitas Jus**, vol. 24, n. 1, 2013.

BRITTO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do PROCON na Defesa Qualificada dos Interesses dos Consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. 4, n. 4, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 10 ed., 2011

OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de Oliveira. Direitos Humanos e Direito do Consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). **20 Anos do**

¹⁹³ O Estado de Coisas Inconstitucional, conceito que se apresenta na obra de mesmo nome de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), se torna presente quando um cenário de violação sistematizada e generalizada de direitos fundamentais é notório, situação essa provocada pela omissão do Estado ou pela sua incapacidade persistente de alterá-la, e que somente pode ser resolvida por transformações estruturais da administração pública. O Estado de Coisas Constitucional é sanado pelo ativismo da Corte Constitucional, capaz de corrigir o cenário de inconstitucionalidade de fato por meio de um litígio estrutural. O precedente paradigmático para o reconhecimento do instituto é o da Sentencia de Unificación de 1997 da Corte Constitucional da Colômbia. Para Alexandre Campos, o litígio estrutural é possível ser instalado no STF para correção de um Estado de Coisas Inconstitucional quando estiverem presentes: a situação de vulnerabilidade massiva e generalizada de um número significativo de pessoas pela ameaça de seus direitos fundamentais; inércia prolongada no cumprimento dos deveres de garantia e promoção de direitos por parte dos agentes públicos; possibilidade das violações e omissões serem superadas pela adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, com alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas; e risco de congestionamento do Poder Judiciário, caso os indivíduos afetados e vítimas demandem isoladamente.

Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 3 ed., 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2 ed., 2008.

SIQUEIRA Jr., Paulo Hamilton. Direito Constitucional do Consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). **20 Anos do Código de Defesa do Consumidor:** estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A Construção do Direito do Consumidor:** um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 2007.

AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL - INOPERÂNCIA E FALTA DE AUTONOMIA

José Ricardo Britto Seixas Pereira Júnior

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra – Portugal. MBA em Gestão Pública pela FGV. Advogado da União. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

RESUMO

O presente trabalho faz um relato histórico acerca do surgimento das agências reguladoras abordando os três modelos típicos de relação entre o Estado e a economia no contexto da economia de mercado baseada na iniciativa privada: liberalismos, intervencionismo e Estado regulador.

Em seguida, o artigo apresenta a conceituação, funções e traz as características das agências no modelo norte-americano e europeu com traços comuns no que tange a capacidade técnica, permeabilidade, independência e autonomia, para, então, apresentar o modelo brasileiro de agências reguladoras cuja idealização nunca se concretizou.

Após, é apresentada uma visão crítica das agências reguladoras no Brasil, em especial as razões de sua inoperância do papel regulador em razão da falta de autonomia jurídica e mesmo capacidade postulatória decorrente da ausência de corpo jurídico próprio; ausência de autonomia orçamentária que é vinculada aos limites estabelecidos pelo governo, captura das agências pelos agentes econômicos e políticos, e submissão fática e jurídica ao Poder Executivo.

Palavras-chave: Agência reguladora. Histórico. Características. Falta de autonomia e independência.

Abstract:

This paper gives a historical account of the emergence of regulatory agencies in Brazil, presents its features and criticized the ineffectiveness of the regulatory role of these authorities on the grounds of lack of autonomy.

Key words:

Regulatory agency. History. Features. Lack of autonomy and independence.

Sumário: I – Introdução. II- Agências reguladoras. II.1- Papel das agências reguladoras. II.2- Agências reguladoras no mundo. II.3- Agências reguladoras brasileiras. III- Críticas ao modelo brasileiro. IV- Conclusão

I- Introdução

Dentre os aspectos mais relevantes da economia enquanto ciência está a sua capacidade de fomentar instrumentos aos Estados e governos para avaliarem a vida econômica das sociedades. Embora o mercado seja visto com bons olhos para regular sozinho os movimentos da economia, cabe ao governo, ou melhor, ao Estado, buscar a eficiência e a equidade, dois conceitos fundamentais para a promoção do crescimento e desenvolvimento econômico (RIBEIRO: 2014).

João José Nogueira de Almeida (2012, 14 e 62) nos ensina que, com pequenas diferenças de pormenor, emergiram na literatura económica duas concepções acerca do papel do Estado na atividade económica. Uma delas, da autoria de Musgrave, diz-nos que o Estado deve intervir na atividade económica para prosseguir objetivos de afetação, estabilização e redistribuição do rendimento. A outra concepção refere que os objetivos da intervenção do Estado na economia são dois, a saber: promover a eficiência e a equidade.¹⁹⁴

A seu turno, Vital Moreira (2014, p.13-14) leciona os últimos dois séculos oferecem três modelos típicos de relação entre o Estado e a economia no contexto da economia de mercado baseada na iniciativa privada.

No primeiro modelo, temos o Estado abstencionista, correspondente ao liberalismo económico oitocentista, relativo ao capitalismo *laissez faire*¹⁹⁵¹⁹⁶.

O segundo modelo é o intervencionista que predominou na Europa entre a I Guerra Mundial e os anos 80 do século passado caracterizado por uma extensa e intensa presença do Estado na economia.

O terceiro modelo é o Estado regulador, estabelecido nos Estados Unidos desde os anos 30 do século XX e na Europa desde os anos 80¹⁹⁷ do mesmo século

¹⁹⁴ Clifford Winston informa que as futuras teorias da reforma regulatória devem centrar-se com mais precisão na distribuição de custos e benefícios, e devem identificar formas em que os grupos possam evitar os prejuízos. WINSTON, Clifford. *La desregulación económica: una oportunidad para evaluar a los microeconomistas. In Privatización, desregulación y competencia?*. Editora Civitas, 1996, fls. 118/15. fl. 150/151.

¹⁹⁵ *Laissez-faire* é hoje expressão-símbolo do [liberalismo económico](#), na versão mais pura de [capitalismo](#) de que o [mercado](#) deve funcionar livremente, sem interferência, apenas com regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade.¹ Esta filosofia tornou-se dominante nos [Estados Unidos](#) e nos países da Europa durante o final do [século XIX](#) até o início do [século XX](#).

¹⁹⁶ É parte da expressão em [língua francesa](#) "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "deixai fazer, deixai ir, deixai passar". A sua origem é incertamente atribuída ao comerciante Legendre, que a teria pronunciado numa reunião com [Colbert](#), no final do [século XVII](#) (*Que faut-il faire pour vous aider?* perguntou Colbert. *Nous laisser faire*, teria respondido Legendre). Mas não resta dúvida que o primeiro autor a usar a frase *laissez-faire*, numa associação clara com sua doutrina, foi o [Marquês de Argenson](#) por volta de [1751](#). (KEYNES: 1926)

¹⁹⁷ No Reino Unido foi no governo de Tony Blair que concretizou definitivamente e deu toda a amplitude a um velho projecto conservador que abriu às empresas privadas os sectores da saúde e educação. Seguiram-se as estradas, as prisões, as tecnologias de informação, a habitação social, as bibliotecas, a iluminação pública, etc... Este lucrativo negócio (para o qual o Estado garante o lucro sem risco), foi mesmo além do que os conservadores tinham projetado,

em que o Estado abdica em princípio da participação direta¹⁹⁸ na atividade econômica, mas desempenha um papel de regulador mais ou menos extenso da atividade econômica privada (a par da defesa da concorrência)¹⁹⁹.

Interessante que, por surgirem com quase meio século de diferença, o Estado regulador na Europa significa diminuição de participação do Estado na economia ao passo que nos Estados Unidos é sinônimo de aumento de participação do Estado na economia.

Diante desta premissa, na última década assistimos em todo o mundo a um debate sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia²⁰⁰.

No Brasil, com atraso²⁰¹ em relação a outros países²⁰², o tema possui relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de

a ponte de estes (oportunamente) se terem dissociado dele, alegando que nunca o tinham pensado como um expediente para conseguir financiamentos públicos para negócios privados. (NUNES: 2013, 202)

¹⁹⁸ As grandes linhas de orientação da social democracia europeia (o socialismo moderno) parecem assentar na defesa da chamada economia social de mercado e na crença de que o mercado tudo resolve. (NUNES: 2013, 200)

¹⁹⁹ Avelãs Nunes critica a venda das estatais portuguesas ao argumento de que estas são lucrativas e proporcionam a receita necessária para um estado deficitário. NUNES, Antonio José Avelãs. *A crise do capitalismo: capitalismo neoliberalismo e globalização*. 5ª edição. Página a Página. Lisboa, 2013, fl. 143.

²⁰⁰ A economia política de Chicago analisa a atuação do setor público desde a perspectiva econômica positiva e da teoria dos preços, sob a premissa de que a função básica da regulação econômica é a redistribuição de renda entre os grupos de pressão política que buscam influência para promover seus próprios interesses. Os estudos de George J. Stigler, Richard A. Posner e Gary S. Becker (*Chicago studies in political economy, 1988*) trazem os fundamentos da análise positivo da regulação das políticas públicas. (BEL I QUERALT: 1996, 24/25)

²⁰¹ A intervenção estatal na economia brasileira começa a expandir-se a partir do início do século XX. A política federal de valorização do café e, sobretudo, a revolução institucional ocorrida na década de 50 do século passado marcam o início do processo de fortalecimento da presença estatal. São criadas empresas estatais que, em princípio, deveriam incentivar o fortalecimento do setor público, não sendo planejadas para competir com as empresas privadas.

Durante os anos 1960 e 1970, o número de empresas estatais atinge os níveis mais altos, com a criação de subsidiárias em setores que já tinham sido ocupados – sem a eficiência almejada – pelo setor privado. Ademais, ocorre também a aquisição, pelo setor público, de empresas em dificuldades financeiras, visando tirá-las da insolvência financeira; manter o nível de emprego; e atender a interesses políticos.

²⁰² No Estado Português, muitas das intervenções do Estado podem ser explicadas, adotando-se uma perspectiva de interesse público, como uma tentativa de corrigir falhas de mercado, relacionadas com monopólios, assimetrias de informação e promoção de uma concorrência saudável. Numa perspectiva de política econômica nacional, por vezes nacionalista, algumas dessas intervenções podem também ser entendidas como tentativas de aumentar os benefícios que para a economia portuguesa poderiam resultar da participação das empresas residentes em Portugal nos mercados internacionais e, mais recentemente, no processo de globalização que se acelerou. (CONFRARIA: 2010, 36)

desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva.

Segundo dados oficiais do Ministério do Planejamento brasileiro²⁰³, até os anos 1930, existiam 14 empresas estatais. Até 1950, são criadas mais 15 novas empresas estatais, em sequência, no governo Kubitschek, têm origem outras 23 novas empresas e, por fim, no governo de João Goulart²⁰⁴, outras 33. Após 1964, durante o regime militar, são criadas incríveis 302 novas empresas estatais.²⁰⁵²⁰⁶

Essa maciça interferência do Estado no mercado acarretou distorções crescentes neste último, que passou a conviver com artificialismos²⁰⁷ que se tornaram insustentáveis na década de 90, implicando em déficit orçamentário que, por sua vez, redundou na perda de potencial de investimento e crise do Estado, que deixou de possuir capacidade financeira para realizar as próprias atividades estatais *stricto sensu*.

Sem dúvida, num sistema capitalista, Estado e mercado, direta ou indiretamente, são as duas instituições centrais que operam na coordenação dos sistemas econômicos. Dessa forma, se uma delas apresenta funcionamento irregular, é inevitável que nos depararemos com uma crise. Foi assim nos anos 20 e 30, em que claramente foi o mau funcionamento do mercado que trouxe em seu bojo uma crise econômica de

²⁰³ Dados disponíveis em www.fgv.gov.br/biblioteca

²⁰⁴ Vice presidente eleito que assumiu a presidência após a renúncia do presidente eleito Jânio Quadros de 1961 a 1964 quando foi deposto por golpe militar.

²⁰⁵ Sobre o tema: NUNES, Antonio José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*. Quartier Latin. São Paulo, 2005.

²⁰⁶ Avelãs Nunes menciona Celso Furtado, ao afirmar que o crescimento para dentro libertaria os países em vias de desenvolvimento da dependência do comércio externo, transferindo para o interior de cada país os centros de decisão fundamentais (Celso Furtado, 1961: 247). Assim, se viabilizaria o aparecimento de uma economia nacional, base de um desenvolvimento nacional, concebido e controlado, em cada país, pelo estado nacional soberano e independente, ele próprio democratizado do ponto de vista político, graças à perda do poder econômico por parte da antiga oligarquia agrário-exportadora e à crescente participação das grandes massas na vida política. NUNES, Antonio José Avelãs. *Industrialização e desenvolvimento: a economia política do "modelo brasileiro de desenvolvimento"*. Quartier Latin. São Paulo, 2005, fl. 191.

²⁰⁷ Entende-se por artificialismos a intervenção direta do Estado regulando os preços, o mercado ou a produção cujo exemplo clássico no Brasil foi o congelamento de preços. Como é um *artificialismo*, o mercado encontrou uma solução *artificial* chamada de *ágio* que consistia na entrega imediata do bem para aquele que efetuasse o pagamento do preço *real*. Para aqueles que tem interesse no produto conforme preço estabelecido pelo Estado restava uma longa fila de espera.

grandes proporções. Já nos anos 80 é a crise do Estado que põe em xeque o modelo econômico em vigência.

Neste contexto, a partir da década de 90, ocorreram no Brasil reformas neoliberais que implicaram a adoção de programas de ajustes estruturais, como as reformas administrativa e previdenciária, que exigiram um rigoroso esforço de equilíbrio fiscal (austeridade fiscal ao máximo), privatizações e redefinição do papel do Estado na economia com a criação das agências reguladoras brasileiras.

O novo modelo de Estado, marcando os dias atuais, recua e reserva o desempenho das atividades econômicas aos particulares, voltando sua atenção àquilo que já se encontrava quase que fora de seu controle – índice de analfabetismo elevado; violência urbana assolando a vida dos grandes centros urbanos; saúde em situação extremamente precária e êxodo rural, fomentando o desemprego e a favelização das cidades. Com um Estado mais enxuto, direcionando suas forças ao cumprimento dos comandos constitucionais dos serviços públicos denominados de próprios, imprime-se o modelo de Estado Regulador.

Gomes Canotilho²⁰⁸ (2008, 251) observa que o *terceiro capitalismo*, com a sua *sociedade aberta* pretende substituir o Estado Social constitucionalmente conformado pelo *mercado*, em nome da tese segundo o qual, a empresa privada, a atuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de ação social universal.

A economia de mercado não deixou de ser uma economia publicamente regulada. Vital Moreira (2014, 10) explica que, junto com a defesa da concorrência e com políticas de incentivo a atividade econômica, a regulação dos mercados constitui um dos pilares essenciais da ação econômica do Estado.

Deste modo, foram idealizados modelos regulatórios variando em razão da autoridade responsável pela regulação, a definição do respectivo formato organizatório e as competências das mesmas (VITAL MOREIRA: 2014, 76).

Assim, temos a regulação privada, sinônimo de autorregulação, que tem, por exemplo, no Brasil, os setores de publicidade e propaganda.

²⁰⁸ *apud* NUNES: 2013, 254.

Já a regulação pública, é subdividida em autorregulação oficial, por meio de organizações de direito privado ou público; e a regulação a cargo do próprio Estado, por meio da administração direta, indireta ou autoridades reguladoras independentes.

Cabe pontuar que, desde muito cedo, o pensamento liberal impôs a ideia de que esta função de regulação, embora justificada pela necessidade de salvaguarda do interesse público, deveria ser prosseguida, não pelo estado enquanto tal, mas por agências (ou entidades ou autoridades) reguladoras independentes²⁰⁹. (NUNES: 2013, 226)

Esta autonomia e independência do governo tem por finalidade separar a política da economia, favorecer o profissionalismo, assegurar a estabilidade e segurança do quadro regulatório, dissociar o Estado empresário do Estado regulador; realizar a blindagem” contra a captura regulatória; e facilitar o autofinanciamento (VITAL MOREIRA: 2014, 81/84)

Em Portugal deve-se a Gomes Canotilho²¹⁰ a primeira apresentação da problemática envolvida por este novo figurino do estado capitalista, o *estado garantidor*²¹¹. Canotilho informa que este conceito surgiu no seio da social democracia europeia, por meio da

²⁰⁹ No caso português, as falhas de mercado já eram objeto de diferentes modos de intervenção do Estado, geralmente através do Ministro que tutela o setor. Assim, a regulação através de uma entidade independente somente deveria ter ocorrido com o intuito de melhorar o que já ocorria e não uma identificação e correção da própria falha de mercado. (CONFRARIA: 2010, 37)

²¹⁰ *O Estado garantidor. Claros Escuros de um conceito. in O direito e o futuro. O futuro do direito, edições Almedina, Coimbra, 2008, 571-576 apud NUNES, Antonio José Avelãs. O estado capitalista e suas máscaras. Edições avante. Lisboa, 2013, fl. 243/244.*

²¹¹ Em termos gerais, o Estado garantidor é definido por um lado como um Estado desconstrutor de serviços públicos e, por outro lado, como um Estado fiador e controlador de prestações de serviços de interesse geral por parte de entidades privadas.

Assim, são apresentadas ambiguidades a expressão Estado Garantidor:

- a) O estado garantidor afasta a responsabilidade de produzir determinados serviços públicos e de prosseguir ativamente determinadas tarefas estatais, pretendendo assumir a tarefa das mesmas por meio de entidades privadas. Assim, não se sabe qual a responsabilidade do Estado garantidor nem o que ele garante;
- b) O Estado garantidor tem alma de estado social e corpo de empresa (ou ao contrário), assim, pretende garantir as prestações sociais por meio de empresas privadas;
- c) Perante esta equação, o estado garantidor só pode ‘garantir’ aos cidadãos (consumidores) a prestação pelos privados daqueles serviços sociais essenciais
- d) Desta forma, Canotilho entende é uma situação de *win-win* entre estados e sujeitos privados, mas reconhece que se houverem aumento de tarefas, pode deixar de existir a vantajosidade financeira a ambos os lados.

obra *terceira via*, da qual são figuras de proa, no plano teórico, Anthony Giddens²¹² e no campo da ação política, Tony Blair.

Este Estado Garantidor é assim, a forma bizarra através da qual se pretende que o Estado *garanta* a prestação do serviço público essenciais, ao mesmo tempo em que entrega a sua produção a empresas privadas que atuam segundo os mecanismos do mercado em busca da maximização do lucro²¹³²¹⁴.

Neste ponto, cabe a reflexão de Avelãs Nunes de que a envolvente estrutural claramente marcada pelo neoliberalismo tem alimentado, por um lado, um excessivo pragmatismo no domínio da ação política, que tende a identificar-se com o fim das ideologias e com a morte da política. E tem inspirado, por outro lado, um contagiante pessimismo teórico, que se traduz na negação da nossa capacidade para construir alternativas aos neoliberalismos e à aceitação de que o fim do estado social é uma fatalidade do nosso tempo.²¹⁵

Contrariando a lógica neoliberal, com alguma maquiagem de forma e nomenclatura, verifica-se no caso brasileiro que as agências reguladoras não possuem autonomia e independência nos moldes outorgados na Europa e nos Estados Unidos, existindo um modelo híbrido de agência regulatória independente com administração indireta com grande vinculação e subordinação com o governo, contrariando todos os estudos que embasaram seu surgimento.

II- Agências reguladoras.

II.1 papel das agências reguladoras.

²¹² *The third day. The renewal of social democracy, 1998.*

²¹³ Avelãs Nunes afirma que o Estado garantidor é um superestado feudal onde os súditos consumidores devem pagar aos parceiros privados caso o lucro destes não seja obtido com as PPPs. (NUNES: 2013, 256/257)

²¹⁴ Suzana Tavares da Silva (2012, 431-432) vai além firma que o Estado garantidor surge como um estado orientado para a garantia dos direitos (dos utentes e dos atores do mercado), levando a cabo uma regulação de garantia (orientada para a proteção da liberdade de iniciativa económica) e de garantia de proteção jurídica patrimonial das empresas, as quais, atuando em plena liberdade económica, hão de convergir na promoção do interesse público, o que significa que o Estado deve reduzir (ou anular) a intervenção reguladora e promover instrumentos de orientação da atividade privada.

²¹⁵ Esta onda de pessimismo teórico, anunciadora da morte da estado social, parece ter atingido autores como Gomes Canotilho. Com efeito, numa conferência proferida do Recife em 1996, e tendo em conta que outros países que não chegaram a aproximar-se dos limiares mínimos do estado social, o autor defende que o catálogo generoso dos direitos económicos, sociais e culturais é apenas uma narrativa emancipadora ilusória ou uma sequele de uma leitura socialista de direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada. (NUNES: 2013, 236)

A atividade regulatória do estado é desenvolvida para suprir as deficiências²¹⁶ que os mercados apresentam em satisfazer o bem comum. De fato, na previsível e natural busca do lucro pelos agentes econômicos pode haver abusos e inobservância das regras postas garantidoras da livre competição. Assim, cabe ao estado, por meio de instrumentos que a lei lhe oferece acompanhar a atividade privada, dando maior ou menor liberdade de ação aos agentes econômicos.

Marçal Justen Filho (2002, 30) diz que: *“O objetivo da regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público. Especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios”*

No campo do Direito Comparado, para o jurista espanhol Santiago Muñoz Machado, a regulação é um conjunto de técnicas de intervenção pública no mercado, devendo ser entendida como um controle prolongado e localizado, exercido por uma agência pública, sobre uma atividade a qual a comunidade atribuiu relevância social.²¹⁷

Por sua vez, o doutrinador lusitano Vital Moreira considera que a regulação é *“o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”*²¹⁸

Na lição do mestre Canotilho, na moderna concepção de posicionamento estatal em relação à economia, o Estado assume uma postura de regulador de atividades econômicas, podendo, inclusive, a regulação ser delegada a entidades administrativas independentes, não diretamente subordinadas ao poder político governamental, quando se fizer necessário.²¹⁹

Ainda dentro do direito português, Antônio Carlos dos Santos, em obra conjunta com Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, definem que a (...) regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses

²¹⁶ Vital Moreira (2014, 48/50) identifica quatro falhas de mercado: monopólio; externalidades; assimetrias de informação; e incapacidade do mercado.

²¹⁷ MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado: los fundamentos*. Madrid, 1998, t. i., p.264.

²¹⁸ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

²¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis.²²⁰

Ressalte-se que, para Marcos Jurena Villela Souto²²¹ a regulação se trata de forma de redução da intervenção do Estado na Ordem Económica, assim como a desestatização, que se perfaz das seguintes formas: 1) privatização: alienação do controle acionário da entidade empresarial do Estado ao particular; 2) terceirização: transferência da execução de alguma atividade para o particular, mantendo-se o planeamento e controle no Poder Público; 3) concessão e permissão: transferência de gestão de serviço público ao particular, mediante cobrança de tarifa; e 4) gestão associada: dá-se mediante a celebração de convênios, consórcios, contrato de gestão e acordos de programa.

João José Nogueira de Almeida (2012, 163 e 164) explica que o Estado intervém na economia tendo em vista três finalidades. A primeira é a de corrigir os casos de deficiente afetação dos recursos que resultam do funcionamento puro dos mecanismos de mercado (função de afetação). A segunda é a correção da distribuição da riqueza e do rendimento que decorre da lógica do mercado (função de redistribuição). A terceira visa assegurar o pleno emprego dos recursos, a estabilidade na evolução dos preços e o crescimento económico de forma sustentada (função de estabilização).

E o que significa, em termos jurídicos, a atividade regulatória? Não há dúvida pela leitura das competências outorgadas às Agências reguladoras que uma das mais importantes atividades por elas desenvolvidas situa-se na expedição de normas gerais e abstratas.

A função do Estado com mais importância na atividade económica é a de criação do sistema normativo fundamental, o qual é indispensável para o exercício da atividade económica por parte das empresas privadas. As empresas, os indivíduos e o próprio Estado relacionam-se entre si dentro de um quadro normativo que garante os direitos e deveres de cada um. (ALMEIDA, 2012, p. 169).

Assim, para a doutrina brasileira, há dois tipos de regulação económica. Um amplo que compreende o acompanhamento e direcionamento das fusões e aquisições e a repressão dos cartéis. Outro tipo, mais estrito, destina-se a garantir a competitividade em mercados determinados.

²²⁰ SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*, 4ª ed. Coimbra: Almedina. Portugal. 2002. p. 191.

²²¹ SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2001.

Desta forma, a ideia fundamental que norteou o surgimento das agências reguladoras foi a de se criar um ente administrativo técnico, altamente especializado com poder normativo específico e, sobretudo impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração. Para tanto, concebeu-se um tipo de entidade que, embora mantendo algum tipo de vínculo com a Administração Central, tem em relação a ela um acentuado grau de autonomia. Resta saber, precisamente, em que consiste essa autonomia.

II.2. Agências reguladoras no mundo

As agências reguladoras foram introduzidas no Direito norte-americano nas últimas décadas do século XIX, tendo fincado balizas sob a égide do New Deal, plano do governo americano em resposta à Depressão dos anos 30.

Por volta dos anos 1970, ocorreu o marco do surgimento das agências no cenário jurídico de países de tradição romano-germânica, como é o caso da França, que através da Lei 78-17, de 06 de janeiro de 1978, instituiu sua primeira agência intitulada Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, sendo assim, na terminação usada, a inaugural Autoridade Administrativa Independente. Tais entidades, à maneira como foram concretizadas na França, notabilizam-se por serem órgãos ligados à Administração Pública, contudo, não submetidas ao poder hierárquico governamental.²²²

Assim, a regulação independente é uma forma de dar resposta ao problema relacionais às falhas e imperfeições inevitáveis em qualquer intervenção do Estado, que resultam da própria atividade governativa e que se presume serem evitáveis se realizadas por entidades independentes (CONFRARIA, 2010, p. 38).

A independência de uma entidade reguladora está associada a requisitos como: existência de competências próprias e de autonomia administrativa, existência de autonomia financeira e flexibilidade de gestão, restrições ao desempenho de cargos por parte de antigos ou atuais dirigentes de entidades reguladas, restrição a possibilidade de demissão destes dirigentes e limitações a atividades exercidas pelos dirigentes após o mandato (CONFRARIA, 2010, p. 40).

²²² A independência na regulação significa normalmente independência em relação aos interesses regulados e independência em relação ao governo. A independência em relação aos interesses regulados é uma ideia simples e intuitiva. Problema mais complicado é a independência em relação ao governo. (CONFRARIA: 2010, 37)

Podemos destacar, no âmbito das atribuições gerais das agências reguladoras, as características a seguir listadas por Leonardo Viseu Figueiredo (2005), como comuns e próprias a todas como:

Capacidade técnica

As agências reguladoras, dado seu caráter de ente normatizador e fiscalizador de setores específicos da economia ou de relevante interesse coletivo, devem ter notório saber e conhecimento específico tanto sobre o respectivo setor regulado quanto sobre os agentes que nele atuam, a fim de atender às necessidades técnicas inerentes à sua área de atuação, mantendo-se permanentemente atualizada com as inovações tecnológicas e as necessidades do mercado.

Permeabilidade

Tendo em vista que as agências reguladoras atuam no sentido de equilibrar os interesses dos entes que compõem o mercado, devem, por óbvio, manter canais de diálogos abertos com os agentes econômicos, consumidores e poder público.

Independência

Garante que as agências reguladoras não sofram influências externas e estranhas no exercício de suas funções. A independência procura dar base para a imparcialidade e neutralidade no exercício dos poderes regulatórios.

Independência orgânica

Garante às Agências Reguladoras mecanismos que evitem sua subordinação hierárquica ao Governo Central e, conseqüentemente, à corrente ideológico-partidária que temporariamente se encontra no poder. Traduz-se, portanto, em autonomia política em relação à estrutura do Governo Central, fato que se traduz na impossibilidade de revisão de seus atos reguladores por qualquer outro órgão ou entidade da Administração Pública, salvo o Poder Judiciário.

Autonomia administrativa: dota as Agências Reguladoras de instrumentos econômicos e financeiros que permitem o devido exercício de suas atividades, sem precisar socorrer-se ao Governo Central, tendo liberdade de gestão, no sentido de arrecadar receitas próprias e organizar suas respectivas despesas, sem ingerência do Executivo.

Diminuição do risco de captura

A vantagem de distanciar a agência reguladora das partes interessadas, isto é, dar-lhe independência, é que esse mecanismo de atuação reduz o risco de captura do regulador pelos interesses tendentes a influenciar indevidamente o processo de regulação e impedir sua efetividade. Por captura, entende-se a possibilidade da entidade reguladora vir a ser influenciada por parte de um dos setores sob seu campo de regulação, a ponto de tal influência traduzir-se em interferência estranha na regulação imparcial de mercados e setores de interesse relevante.

Agravam, sobejamente, o “risco de captura” circunstâncias como a dependência dos tomadores de decisões, a influência política, a dependência da agência reguladora em relação ao conhecimento tecnológico superior da indústria regulada, a seleção indiscriminada de quadros técnicos oriundos do setor ou indústria regulada para servir à agência, a possibilidade de futuras posições ou empregos na indústria ou setor regulado, a rotatividade dos próprios dirigentes das agências, migrando da iniciativa privada para o Poder Público e vice-versa, e quando há necessidade, por parte da agência reguladora, do reconhecimento e cooperação da indústria regulada.²²³

Diante de tal quadro, para que fossem mitigados os riscos de captura por setores regulados, a experiência anglo-saxônica acabou por criar as agências reguladoras, no modelo e com as características como hoje são conhecidas, isto é, com autonomia orçamentária e financeira, mandatos fixos para os dirigentes e não-coincidentes com as eleições majoritárias, estrutura de direções e decisões colegiadas, quarentena para os dirigentes na partida, dentre outras. Estas características, que dão um grau de independência às agências, vêm se tornando padrão na maior parte dos países desenvolvidos e já encontram reflexos definidos nas instituições brasileiras.

II.3. Agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras surgem no ordenamento jurídico brasileiro com guarida constitucional. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica, em seu artigo 174, fixou o papel do Estado como agente normativo e regulador e como executor subsidiário de atividades econômicas. Nesse contexto, com atraso, a partir de 1994, as agências

²²³ George Stigler (1996, 37/40) informa que a indústria busca benefícios do Estado, o mais comum é um subsídio direto em dinheiro, seguido da criação de obstáculos para a entrada de novos rivais, criação de poderes para afetar bens substitutivos e complementares (ex. produtos de manteiga com interesse em prejudicar os produtores de margarina); fixação de preços.

reguladoras brasileiras, de um modo ainda tímido em comparação aos demais países, inauguram a sua participação.²²⁴

As agências reguladoras foram concebidas como autarquias de natureza especial, criadas por lei, integrantes da administração pública indireta, dirigidas por um órgão colegiado com a missão de regulamentar e fiscalizar a prestação de certos bens e serviços considerados de relevância pública, sendo dotadas de independência decisória, autonomia financeira, administrativa e gerencial.

Os diretores devem ser nomeados pelo presidente da República, previamente aprovados pelo Senado Federal, para exercer mandatos fixos e não coincidentes. Com isso, o ordenamento jurídico pátrio procurou prover as agências do aparato necessário à estabilidade institucional.²²⁵

Portanto, as agências reguladoras brasileira configuram-se como pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei e que somente por lei podem ser extintas. Exercem atividades e serviços administrativos (regulação e fiscalização da atividade econômica em sentido amplo), possuem capacidade administrativa, autonomia patrimonial, mas permanecem sob o controle e tutela do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização financeira.

A ideia inerente ao surgimento das agências é a de se criar um ente administrativo altamente especializado, técnico, dotado de certa impermeabilidade em relação aos influxos político-governamentais que atuavam (e ainda atuam²²⁶) sobremaneira

²²⁴ Entre 1994 e 2002 foram criadas 11 agências reguladoras no Brasil em três gerações. A primeira geração de agências reguladoras brasileiras, de 1995 a 1998, são ligadas a área infraestrutura – em geral, controladas por monopólios naturais –, como Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; e Agência Nacional de Petróleo – ANP.

A segunda geração de agências reguladoras brasileiras, surgidas entre 1999 a 2000, pretendem corrigir outras falhas de mercado, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – que corrigem informações assimétricas; e a Agência Nacional de Água – ANA –, interveniente quando da presença de externalidades e problemas de coordenação.

A terceira geração agências reguladoras brasileiras, surgidas entre 2001 e 2002, são inerentes a setores específicos como a Agência Nacional do Cinema – ANCINE –, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT – e a Agência Nacional.

²²⁵ A supervisão da autoridade independente tem por objetivo garantir um exercício eficaz das competências próprias e evitar a multiplicação das falhas de Estado. Uma boa forma de supervisão é uma escolha técnica para seus dirigentes com efetiva audição parlamentar pública (CONFRARIA: 2010, 49)

²²⁶ Avelãs Nunes (2013, 248) informa que, no grande teatro do mundo, os encenadores do *espetáculo* despem o estado capitalista de suas vestes ‘antiquadas’ de estado providência e enfeitam-no com tantos

nas decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica administrativa. Desse modo, pretendeu-se criar uma entidade que, muito embora mantenha vínculo finalístico com a Administração Central, gozasse em relação a esta de acentuada autonomia.

Assim, foram idealizadas as seguintes características às agências reguladoras brasileiras:

1) a independência política dos gestores, que consiste na nomeação de agentes estáveis, possuidores de mandato a termo, e por isso não exoneráveis *ad nutum*, consubstanciando, assim, a necessidade de que se perfaçam as políticas legislativas sem a interferência ruidosa do Executivo;

2) a independência técnica decisional, em que se dá preferência à decisão eminentemente técnica da agência para se afastar a decisão político-administrativa, neste caractere residindo, também, a constatação de que as agências foram criadas para ser entidade que não se preste a partidarismos;

3) a independência gerencial, financeira e orçamentária, que garante as condições internas de atuação da entidade com autonomia na gestão de seus próprios meios; e

4) por fim, foi idealizada uma tentativa de conferir as agências reguladoras brasileiras de independência normativa, um instituto renovador, tendente a dotar as agências da possibilidade de emitir atos com força de norma, sempre que necessários a benfazeja implementação de suas diretrizes.²²⁷

São essas as especificidades que dão delineamento ao regime especial de que todas as agências são possuidoras, e, em caso de falta de um deles, ocorre o desvirtuamento do instituto, no que concerne aos ditames para os quais foi criado.

Assim, a independência da agência reguladora é fundamental para afastar da sua atuação o forte componente político inerente e natural das decisões

adornos (estado regulador, etc...) que acabam tornando claro que se trata apenas de máscaras (algumas bem exóticas) utilizadas com o propósito de disfarçar a natureza da classe do estado capitalista enquanto ditadura da burguesia.

²²⁷ Não por acaso deixou-se para citar a independência normativa por último. Nessa peculiar função, a qual vem acalentando diversos debates doutrinários acerca de sua extensão e limites, não será objeto deste estudo, merecendo citação, contudo que ainda é controverso no direito brasileiro a discussão sobre o fundamento de tal poder normativo, e posteriormente o limite que se vislumbra ao exercício de tal poder em confronto com as normas emanadas do poder legislativo e da própria constituição.

emanadas do Poder executivo e é fator determinante quando da abertura de mercados ao setor privado para oferecer o conforto necessário ao investidor nacional e estrangeiro para investir e garantir o desenvolvimento da indústria setorial.

Ademais, as agências reguladoras são necessariamente órgãos técnicos, com expertise sobre o setor de sua competência, conhecimento que deve viabilizar a elaboração mais rápida de instrumentos normativos necessários para incentivar ou coibir certas condutas do mercado, bem como para atuar na composição de interesses divergentes dos agentes econômicos.

Apesar de sua autonomia administrativa e financeira, não cabe às agências reguladoras a formulação de políticas públicas. A formulação de diretrizes e políticas públicas é competência do Poder executivo, exercida ora via edição de decreto, ora via delegação de função ao respectivo ministério. Uma vez formuladas tais políticas, fixadas as diretrizes do setor, cumpre às agências reguladoras, por disposição legal e, em alguns casos, constitucional, viabilizar a consecução das políticas públicas por meio das atividades reguladora e fiscalizadora. Portanto, condição precedente e imprescindível para o exame da atuação das agências reguladoras no modelo de gestão do Estado brasileiro é a verificação da definição de políticas claras, coerentes e consistentes pelo Poder executivo para que sejam implementadas, na sua integridade, pelos órgãos reguladores.²²⁸

²²⁸ Em que pese a autonomia e independência de que as agências reguladoras são dotadas, estas são entes da Administração Pública. Assim, como toda entidade da Administração Pública, a agência reguladora submete-se aos seguintes tipos de controle: **a) financeiro**: exercido principalmente pelo Tribunal de Contas, órgão do Legislativo, no que se refere à aplicação de bens e serviços a seu cargo, bem como no que tange à arrecadação e gastos de suas receitas e despesas públicas; **b) político-público**: exercido, de forma restrita, pelo Executivo e pelo Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito), bem como por toda sociedade, no que se refere, tão-somente, ao cumprimento das políticas públicas, dos objetivos e das finalidades da atividade de regulação a ser alcançado pela agência.; **c) juridicidade**: exercido, previamente, pelas Procuradorias das agências reguladoras, na qualidade de órgãos externos vinculados à Advocacia-Geral da União (art. 131 da CRFB), bem como, *a posteriori*, pelo Judiciário, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CRFB), sobre os atos e normas editados pela Agência Reguladora, quando exorbitante de seus limites legais, ou ainda, quando não guardarem relação de razoabilidade e proporcionalidade com os fins colimados pela Administração Pública.

Responde-se, assim, à preocupação de que reguladores independentes se constituam em um poder paralelo. A resposta, codificada pela atuação da agência, dentro de um controle estatal bem definido em seus limites, serve como elemento fundamental para fundamentar a atuação de cada agente, garantido, de um lado, o bem estar social (interesse coletivo), de outro, a proteção do agente econômico (interesse privado), bem como da efetiva implementação das políticas públicas para o setor regulado (interesse público), que são condições, outrossim, para a adequada provisão do setor regulado. Esta combinação ponderada de elementos, que permitem a contraposição organizada de visões e interesses, intermediadas, eventualmente, pelas autoridades de defesa da concorrência, tendem a aumentar a eficiência das atividades reguladas.

III- Críticas ao modelo brasileiro

A ideia central da criação das agências reguladoras foi a busca da modernização do Estado e a harmonização dos setores regulados, principalmente com a diminuição da assimetria de informações e as falhas de mercado. Um órgão especializado, dotado de pessoal técnico e familiarizado com o setor regulado, propicia maior eficiência às normas expedidas e à fiscalização exercida.

De outro lado, como os mercados regulados, em geral, envolvem a necessidade de investimentos vultosos e de retorno demorado, se fazia necessário lhes atribuir o maior nível possível de estabilidade, pois de outra forma a iniciativa privada poderia ser repelida por riscos estranhos à natureza das atividades a serem exploradas (como ingerências políticas, normas que inviabilizassem a prestação eficiente dos serviços, metas tangíveis etc.).

No âmbito *interna corporis* da administração se, durante alguns anos, se presenciou uma árdua tentativa do poder executivo em solidificar as bases desse novo modelo de administração pública, o que se tem assistido mais recentemente é exatamente o inverso: contingenciamento de recursos, intervenção dos ministérios nas decisões das agências, morosidade na indicação de diretores, comprometendo o *quórum* para as decisões, indicação de diretores de acordo com critérios políticos e não técnicos e, ainda, instabilidade das regras.

A importação do modelo de agências norte-americano e a pretensão de implantação de um padrão regulatório policêntrico, vem se mostrando inoperante e ineficaz. Primeiramente, seria de ressaltar-se que tal modelo sempre foi estranho ao Estado brasileiro. Com as agências pretendia-se blindar a regulação das “capturas” política e econômica, dar autonomia, poder normativo alargado, isenção e capacidade técnica aos entes reguladores. Passados dez anos da criação das primeiras agências, a avaliação que se faz, sobre o desempenho delas, é melancólico.

Avelãs Nunes já alerta que é por demais efêmera a glória dos falsos heróis. É o que acontece com o Estado regulador, criticado hoje por alguns dos seus defensores de ontem, que acusam as entidades reguladoras de falta de transparência (levanta dúvidas sobre a legitimidade meritocrática), de cometerem erros e de se deixarem por vezes, capturar (pelos regulados e pelo estado). Invocam outros os custos da regulação, que constituem um encargo extra sem qualquer benefício social. (NUNES, 2013, p. 242)

Já João Confraria (2010, p. 38-39) afirma que as eleições não garantem, desde logo, resultados eficientes do ponto de vista econômico. Assim, a supervisão das atividades dos governantes pode ser falha e permitir que eles desenvolvam objetivos próprios, não coincidentes com o interesse dos eleitores. Normalmente estes objetivos relacionam-se com a conquista e manutenção do poder. Assim, as políticas são definidas em função do calendário eleitoral. Desta forma, políticas cujos resultados se façam sentir num prazo superior ao da legislatura são desvalorizadas, o que produz resultados perversos. Com a regulação independente pretendeu-se evitar, ou reduzir, estas falhas e imperfeições do Estado, que, registe-se, não as elimina

As designações dos dirigentes regulatórios brasileiros foram, ontem, e continuam hoje, a ser objeto de partilha política (nem ao menos o equilíbrio de indicações, a chamada “bipartidarização norte-americana, foi adotado). A atecnia dos dirigentes dos colegiados é patente. As capturas econômicas são evidentes. As decisões desses entes, as “resoluções homologatórias” de revisões e reajustes tarifários, são vítimas de assimetria informacional ingenuamente aceitas.

Assim, malgrado a estabilidade no cargo por prazo certo, estes dirigentes são extremamente vinculados às decisões políticas o que confere ao governo o poder de sobrepor ao poder/dever regulador das agências e definir de que forma a atividade econômica irá ocorrer.

Ademais, malgrado esta vinculação e subordinação fática ao governo, percebe-se clara concretização do chamado *risco de captura* na medida em que as empresas reguladas participam ativamente do financiamento das campanhas políticas e, após a eleição, claramente influenciam na escolha dos dirigentes das agências.²²⁹

Outro problema diz respeito à falta de autonomia financeira, orçamentária e jurídica. Enquanto erigidas sob a forma de autarquias, integrantes da administração pública indireta, as agências reguladoras se encontram vinculadas aos

²²⁹ No modelo americano o *risco de captura* também mostra-se evidente com os dirigentes das agências possuindo claras vinculações com as empresas reguladas.

Poder executivo brasileiro e sujeitas a restrições orçamentárias e de pessoal, o que permite a sua inviabilização por parte do governo²³⁰.

Acrescente-se que, com exceção do banco central do Brasil, todas as demais agências reguladoras não possuem quadro jurídico próprio. A assessoria jurídica e representação judicial destas autarquias é encargo da Procuradoria Geral Federal - PGF²³¹, órgão vinculado da Advocacia Geral da União, que tem o poder de editar súmulas e determinar o entendimento jurídico das autarquias.

Desta forma, mesmo se os dirigentes destes órgãos reguladores entenderem e solicitarem uma ação judicial contra o governo federal por ofensa a autonomia regulatória, os procuradores federais podem ser impedidos de acionar o poder judiciário, negando, em verdade, o acesso à justiça pelas agências reguladoras.

Assim, a intenção de equidistância regulatória fica comprometida diante da real vinculação e submissão das agências reguladoras brasileiras ao governo.

Conclusão

Como visto, as agências reguladoras brasileiras, inspiradas no modelo americano e europeu, intentaram elevar um ente regulador de mercado com autonomia e independência do governo de modo a separar a política da economia, favorecer o profissionalismo, assegurar a estabilidade e segurança do quadro regulatório, dissociar o Estado empresário do Estado regulador; realizar a “blindagem” contra a captura regulatória e facilitar o autofinanciamento.

Contudo, em verdade, vê-se que as agências reguladoras brasileiras, enquanto autarquias, ainda são vinculadas ao governo, malgrado o regime especial que lhes foi outorgado pela legislação, o que causa diversos problemas.

²³⁰ João Confraria (2010, 48) afirma que o controle do orçamento das entidades reguladoras por meios democráticos não põe em xeque sua independência haja vista que se tratam de recursos públicos.

²³¹ Compete à Procuradoria-Geral Federal exercer a representação judicial, extrajudicial, a consultoria e assessoramento jurídicos de 159 autarquias e fundações públicas federais brasileiras, incluindo as agências reguladoras, bem como a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

²³² Maiores informações podem ser consultadas em <http://www.agu.gov.br/unidade/PGF>

Problemas como indicações político partidárias desvinculadas de conhecimento técnico para os dirigentes das autarquias, somado a falta de independência e autonomia tornam as agências reguladoras brasileiras verdadeiros órgãos setoriais do governo, extremamente vinculadas às decisões políticas.

É evidente que, como qualquer reestruturação profunda, o modelo das agências reguladoras precisa de ajustes, e sua reforma deve ocorrer de maneira gradual e fundamentada, para que um dia exista a consolidação de uma cultura regulatória independente no Brasil. Porém, para que isso ocorra, é fundamental que as competências das agências sejam claramente delimitadas, mas que sua autonomia e atuação sejam respeitadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O que não se pode aceitar o retrocesso institucional, ou seja, a volta do modelo antigo de centralização do poder nos ministérios. Em uma economia globalizada em que Estado brasileiro necessita de investimentos estrangeiros, é imperioso que o modelo de agências reguladoras seja mantido e fortalecido.

Em assim ocorrendo, o Brasil irá garantir contínuos investimentos nacionais e internacionais nos setores regulados. Sem isso, não se terá a certeza de um cenário apropriado para a competição sadia e os investidores, tão necessários a um país carente de recursos financeiros, serão afugentados.

Se a função do Estado é conferir estabilidade para o surgimento e desenvolvimento da atividade econômica, é imperioso a concessão de carta de alforria das agências reguladoras brasileiras para que estas, verdadeiramente, possam desempenhar o seu papel.

Infelizmente, para que isso ocorra, ainda será necessária uma mudança cultural, política e legislativa para retirar as amarras que subordinam as agências ao governo político.

Referências

ALMEIDA, João Nogueira de. **Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia:** Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.

ARAÚJO, Marcos. A independência das agências. In: **Agências reguladoras**. Disponível em: <http://www.juxtalegem.com.br/artigos/Agencias_Reguladoras.php>. Acesso em: 27 fev. 2008.

BAASCH, Sérgio Roberto. **Regulação e serviços públicos**. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/artigos/direitopublico/regulacao_servicos_publicos_serGIO_luz.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2008.

BEL I QUERALT, Germá (organizador). **Privatización, desregulación y competencia?** Civitas, 1996.

_____. **Privatización y desregulacions**: cuando la liberalizacion no basta para aumentar la competencia, In Privatización, desregulación y competencia? Civitas, 1996, fls. 18/32.

BRASIL. CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Disponível em: <<http://www.cebes.org.br/media/File/Plano%20Diretor%20da%20Reforma%20do%20Aparelho%20do%20Estado.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2015.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. **Agências reguladoras e concorrências e o controle jurisdicional dos atos**. Disponível em: <http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/mercadojp/edgard.doc>. Acesso em: 26 fev. 2008.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno. **O Estado regulador, as autoridades reguladoras independentes e os serviços de interesse econômico geral**. In **Estudos de direito público**, fl. 148/171. CEPEJUS, 2009.

_____. **Mercado e Estado**: serviços de interesse econômico geral. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. O Estado garantidor. Claros Escuros de um conceito em A.J. AVELÃS NUNES e J. N. MIRANDA COUTINHO (orgs.) O direito e o futuro. O futuro do direito, Coimbra: Almedina, 2008, 571-576 apud NUNES, Antonio José Avelãs. **O estado capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Avante, 2013.

_____. Bypass social e o núcleo essencial das prestações sociais. In Estudos sobre direitos fundamentais, 2. Ed. Coimbra: Coimbra, 2008 apud NUNES, Antonio José Avelãs. **O estado capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Avante, 2013

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Desempenho melancólico**. Consultor Jurídico, São Paulo, 02 ago. 2007. Disponível em:

CONFRARIA, João. Falhas do Estado e Regulação Independente. In, **Revista de Concorrência e Regulação**. Ano I, nº 3, julho a setembro de 2010, fl. 33 a 52. Coimbra, Almedina.

CREMONESE, Dejalma. **Reforma do estado**: implicações sociais e econômicas das políticas neoliberais no Brasil. Disponível em: <<http://juanfilloy.bib.unrc.edu.ar/completos/corredor/corredf/comi-b/CREMONES.HTM>>. Acesso em: 22 fev. 2008.

CUNTO, Raphael de; INGHAM, Ana Paula Bialer. **O papel das agências reguladoras**. Disponível em: <<http://infoener.iee.usp.br/infoener/hemeroteca/imagens/69968.htm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

ENTERRÍA, Garcia de e FERNÁNDEZ, Tomas. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001, vol. 1.

ESTÊVÃO, João A. Ramos. As novas teorias do Estado desenvolvimentista. In: **O Estado e o desenvolvimento econômico**. Disponível em: <<http://www.iseg.utl.pt/disciplinas/mestrados/dci/estado.doc>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A evolução da ordem econômica no direito constitucional brasileiro e o papel das agências reguladoras**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/524036> acesso em 10 de fevereiro de 2015.

FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras. O estado democrático de direito no Brasil e sua atividade normativa. Malheiros, 2005.

158

GARCIA, Maria da Gloria. **As transformações do direito administrativo na utilização do direito privado pela administração pública** – reflexões sobre o lugar do direito no Estado. In Os caminhos da privatização da administração pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de direito administrativo. Coimbra, 2001, fl. 345-359.

GREGORI, Maria Stella. **É preciso fortalecer as agências reguladoras**. Disponível em: <http://www.cns.org.br/links/menup/noticiadosetor/clipping/2006/09/clipping_2509.htm>. Acesso em: 27 fev. 2008.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **O Estado empresário e a nova ordem constitucional**. Disponível em: <http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?pagina=estado_empresa.php>. Acesso em: 27 fev. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Dialética, 2002.

KARUSE, Eduardo Battaglia. Agências reguladoras no cenário brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

KEYNES, [John Maynard](#). **The end of laissez-faire. 1926**. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html>>. Acesso em: 14 março de 2015.

MENDONÇA, Hugo Vinícius Oliveira. **O poder normativo das agências reguladoras e a legalidade como vetor. Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4206, 6 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31765>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

NUNES, Antonio José Avelãs. **A crise do capitalismo: capitalismo neoliberalismo e globalização**. 5. ed. Lisboa: Página a Página, 2013.

___ **Uma introdução a economia política**. Quartier Latin. São Paulo, 2007.

___ **Industrialização e desenvolvimento: a economia política do “modelo brasileiro de desenvolvimento”**. Quartier Latin. São Paulo, 2005.

___ **O estado capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Avante, 2013

___ **Os caminhos da privatização da administração pública**. IV Colóquio Luso-Espanhol de direito administrativo. Coimbra, 2001.

___ **Diálogos constitucionais Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POSNER, Richard A. **Los costes sociales del monopolio y de la regulacion In Privatización, desregulación y competencia?.** Civitas,1996, fls. 61/88.

RIBEIRO, Paulo Silvino. **O papel do Estado como agente econômico contra a mão invisível do mercado.** Brasil Escola. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/o-papel-estado-como-agente-economico-contra-mao-invisivel-mercado.htm>>. Acesso em: 14 março de 2015.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico.** 4. ed. Coimbra: Almedina. 2002.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STIGLER, George J. **La teoria de la regulacion econômica In Privatización, desregulación y competencia?.** Civitas,1996, fls. 35/60.

TAVARES DA SILVA, Suzana. O sector elétrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor, tese de doutoramento, Coimbra, 2008 apud NUNES, Antonio José Avelãs. **O estado capitalista e suas máscaras.** Lisboa: Avante, 2013

VITAL MOREIRA. **A mão visível:** mercado e regulação. Coimbra. Almedina, 2008.

___ **Autoridades reguladoras independentes:** estudo e projecto de Lei-Quadro. Coimbra editora, 2003.

___ **O Estado (des)regulador: introdução à regulação pública da economia.** Coimbra, 2014.

___Administração autônoma e associações públicas, Coimbra, 1997, apud DUARTE, David. A norma de universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação. **Boletim da Faculdade de Direito.** Nº 76. P. 413-431. COIMBRA 2000.

___ **A mão visível.** Mercado e Regulação. Almedina, 2008.

___**Auto-regulação Profissional e Administração Pública.** Coimbra: Almedina. 1997.

WINSTON, Clifford. **La desregulación econômica:** uma oportunidade para avaliar a los microeconomistas. In Privatización, desregulación y competencia?. Editora Civitas, 1996, fls. 118/159.

A DOCTRINA CHEVRON: O OCASO ANUNCIADO?²³³

Paulo Roberto Binicheski

Doutorando em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ), mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; promotor de Justiça de Defesa do Consumidor - MPDFT.

RESUMO

O presente ensaio consiste em uma investigação da Doutrina Chevron em face do precedente da Suprema Corte americana na qual foi decidido pela adoção de um teste com vistas a deferir ou não a interpretação da lei pela autoridade administrativa. O estudo investiga a história do julgado nas discussões internas entre os juízes e seus aspectos jurídicos, bem como os casos sucessivos em que a Doutrina Chevron foi sendo adaptada, orientando a Suprema Corte aos tribunais dos EUA mecanismos para dar a deferência judicial ou não aos atos administrativos. A orientação da Suprema Corte está sendo fortemente criticada pela doutrina e por alguns tribunais dos EUA, pois há indicativos de violação da teoria da separação dos poderes e de obrigar os juízes a não apreciar a fundo a legalidade dos atos administrativos. A nomeação e investidura bem recente de um juiz para a Suprema Corte com ideologia crítica ao definido na Doutrina Chevron está sendo visto como um fator indicativo da possibilidade concreta da retirada desse precedente.

Palavras-chave: Suprema Corte americana. Doutrina Chevron. História. Lei. Inconstitucionalidade.

SUMMARY

This essay consists of an investigation into the Chevron Doctrine of the precedent of the U.S. Supreme Court in which it was decided by the adoption of a test to defer or not the interpretation of the law by the administrative authority. The study investigates the history of the precedent in the internal discussions between judges and their legal aspects, as well as the successive cases in which the Chevron Doctrine was being adapted, in which the Supreme Court instructed U.S. courts on how judicial deference applies to government acts. The Supreme Court's guidance is being strongly criticized by the doctrine and some courts of the USA because there are indications of a violation of the theory of separation of powers and that is compelling judges not to fully appreciate the legality of administrative acts. The very recent investiture of a Supreme Court judge with critical ideology to what is defined in the Chevron Doctrine is being seen as an indication of the concrete possibility of the overruling of this precedent.

Key words: U.S. Supreme Court. Doctrine Chevron. History. Law. Unconstitutionality.

1 Introdução

A doutrina consagrada em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC* é um dos casos mais famosos julgados no âmbito do direito administrativo, mas não foi considerado assim quando foi decidido¹ e a história de sua formação pode lançar luzes acerca dos contornos

²³³ Artigo jurídico para a disciplina Fundamentos histórico-jurídicos da Justiça Administrativa ministrada pelo professor Ricardo Perlingeiro no Curso de Doutorado em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ).

fáticos e jurídicos da regra de Direito criada. O estabelecido pela Suprema Corte americana há mais de trinta anos, quando representou uma fórmula aparentemente simples de autorrestrrição judicial nos casos de controle de interpretações promovidas pelas autoridades administrativas, pode estar com os dias contados (MERRIL, 2017).

Há um fator relevante. O novo Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos, o *justice* Neil Gorsuch indicado pelo presidente Donald Trump possui um currículo com fortes críticas ao consagrado na *Doutrina Chevron*. Neil Gorsuch é magistrado oriundo da Corte de Apelação do Décimo Circuito, cargo para o qual foi nomeado em 2006 por George W. Bush e possui posição bem clara de oposição ao consagrado na *Doutrina Chevron*. Em julgado de 2016, ainda no Décimo Circuito, Gorsuch proferiu um voto bem contundente, com severas críticas ao elaborado na *Doutrina Chevron* (LYNCH, 834 f.3d 1142 -10th Cir. 2016).

A posição ideológica de Neil Gorsuch poderá influenciar a Suprema Corte americana a rever o precedente da *Doutrina Chevron*? A resposta exige uma investigação nos aspectos jurídicos e históricos que culminaram no decidido em *Chevron* na sua formulação originária, passando pela ideologia daquele momento e do que defende o mais novo *justice* da Suprema Corte americana.

É provável que o entendimento do *justice* Gorsuch venham a influenciar uma posição da Suprema Corte nos contornos interpretativos da *Doutrina Chevron*, ao indicar a releitura para dar alguns freios aos dogmas da ambiguidade ou da delegação legislativa às agências governamentais nos Estados Unidos da América?

O que parece defluir dos variados comentários colhidos pela crítica ao mais recente Justice da Suprema Corte Americana, ao comparar com o *justice* Scalia, falecido ainda durante a campanha presidencial que elegeu Donald Trump, é a assertiva de ser um bom contador de histórias (HYLTON, 2017, p. 1). Neil Gorsuch (2016, p. 905-920) é conhecido pelo bom humor, oratória fluente e amplo conhecimento jurídico, sendo considerado defensor de uma interpretação restritiva da Constituição dos Estados Unidos, elementos indicativos de refletir em uma virada da famosa *Teoria Chevron*, desde que possa convencer seus colegas *justices*.

Gorsuch já externou em variados momentos argumentos respeitáveis contra *Chevron*, dado que defende veementemente o princípio da separação entre os poderes e é insatisfeito com a posição da agência governamental de imigração, a BIA, conforme expôs em seu voto acima referido. Em *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, Gorsuch foi muito

incisivo na discordância dos fundamentos da *Doutrina Chevron*, e destacou que em um mundo sem *Chevron* muito pouco mudaria, exceto talvez as coisas mais importantes, com sinais de uma judicatura com propensão a retirá-la dos precedentes ou fixar outras balizas. A história o dirá.

Este ensaio pretende investigar a *Doutrina Chevron* em sua conformação original e seus desdobramentos interpretativos na Suprema Corte dos Estados Unidos e a recente decisão do Décimo Circuito com o voto do juiz Neil Gorsuch, a fim de avaliar uma possível alteração na regra do precedente da Suprema Corte americana.

2 A Doutrina Chevron

A controvérsia objeto deste ensaio reside na apreciação da decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Chevron, U.S.A., Inc. v. NRDC* (467 U.S. 837 (1984).) a qual estabeleceu um modelo de teste legal com vistas a estabelecer se deve conferir deferênciaⁱⁱ à interpretação dada por uma agência governamental de um estatuto legal que rege a atividade de tal agência.

Segundo o teste encontrado pela Suprema Corte, ao juiz cabe inicialmente verificar se a lei é clara quanto ao assunto em discussão. Se a lei é clara, é dever do juiz aplicar a lei e não será dada deferência; em existindo ambiguidade, não cabe aos tribunais interpretar diretamente a suposta vagueza da lei e apenas verificar se a solução posta pela agência é razoável.

A *Court* adotou uma abordagem analítica que lida com o problema da deferência judicial às interpretações de lei da agência em duas etapas: no primeiro passo, a questão a ser resolvida é se o Congresso falou diretamente; se a intenção do Congresso é clara, isso é o fim do assunto; tanto a *Court*, bem como a agência, devem dar efeito à intenção inequivocamente expressa do Congresso (SCALLIA, 1989, p. 511).ⁱⁱⁱ Os tribunais para responder ao primeiro passo usam as ferramentas tradicionais da interpretação da lei e perguntam se o Congresso tinha uma específica intenção em relação ao tema em questão (MERRIL, 2017, p. 255).

Na ausência de uma resposta afirmativa à primeira pergunta, a análise sob *Chevron* se move para o segundo passo: No entanto, se a *Court* determinar que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em discussão, o tribunal não vai simplesmente dar a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na

ausência de uma interpretação administrativa. Bem, se a legislação é silente ou ambígua quanto ao assunto específico, a questão para o tribunal é a de saber se a resposta da agência está baseada em uma interpretação permissível, ou seja, razoável (MERRIL, 2017, p. 512).^{iv}

Ao juiz não cabe perguntar se a interpretação é a única e que o tribunal teria chegado a idêntico resultado, mas sim de demonstrar que a interpretação seja “reasonable” e poderia ser adotada a linha interpretativa da agência governamental (MERRIL, 2017, p. 255).

A fórmula de dois passos era tudo ou nada quanto ao que foi interpretado pela agência. No primeiro passo, a interpretação era verificar a linguagem da lei, ou seja, a agência não teria nenhuma deferência, pois seria verificado se a interpretação estava de acordo com a previsão do Congresso. Claro, se a interpretação dada pela agência fosse coincidente com a do Congresso, a *Court* defenderia a posição da administração.^v Porém, se o tribunal decidia a questão no segundo passo, a agência obteria máxima deferência (MERRIL, 2017, p. 256).^{vi}

Os Estados Unidos já adotavam a deferência judicial antes de *Chevron* quando a autoridade administrativa interpretava a legislação sob sua responsabilidade (JORDÃO, 2016a, p. 199) e somente não era muito consistente (GIACOMUZZI, 2017, p. 179)^{vii}, sendo que em muitas situações a convicção judicial superava ao que entendia o administrador, quando não coincidia com o que entendia a *Court*. Em *Chevron*, a Suprema Corte assentou o princípio de que as *Courts* devem aceitar o controle dado pela autoridade administrativa no escopo de uma interpretação razoável nos casos de ambiguidade de uma legislação.

A *Doutrina Chevron* possui vantagens evidentes para a agilidade da Administração Pública, pois permite uma maior margem de manobra na interpretação do processo administrativo, na implementação das políticas de Governo com a flexibilidade necessária, o que não teria com a calcificação do precedente judicial^{viii} Segundo Scalia, acaso as *Courts* resolvessem as ambiguidades legislativas, somente uma alteração na lei permitiria produzir uma alteração quanto ao significado legal e sob *Chevron* é permitido às agências à luz dos avanços do conhecimento, das pressões políticas impostas ao Congresso, especificar o significado mais atualizado das leis (SCALIA, 1989, p. 517-518).

De qualquer forma, as limitações legais existentes parecem garantir contra eventuais mudanças por puro capricho ou arbítrio^{ix} e não venham a tornar ilegal uma ação da agência, a exemplo da necessária fundamentação para justificar a eventual alteração na interpretação e a obediência aos procedimentos fixados em lei, e assim inexistente motivo para deixar de valorar a nova interpretação sob a antiga orientação da agência.^x Explicou Scalia, quando a agência altera a sua interpretação do estatuto legal, é o caso de admissão de estar com uma posição equivocada da regra de Direito (got the law wrong) e ante novas informações ou as mudanças sociais sob o impacto do processo político, desde que com as limitações discricionárias, “*Chevron, as I say, permits recognition of this reality.*” (SCALIA, 1989, p. 519).^{xi}

É até aceitável a mudança de opinião de uma agência, mas para tanto deverá fornecer uma explicação adequadamente fundamentada para tanto.^{xii}

O recuo de uma agência, notadamente na alteração da interpretação legal, somente deve ser admitido quando não seja no curso de um litígio, ou seja, a alteração interpretativa para ganhar um processo. Destarte, a delegação legislativa para os recuos da administração cabem, sob *Chevron*, quando obedecidas as formalidades legais e no curso regular dos assuntos próprios das agências (SCALIA, 1989, p. 520).

Claro, é possível que os tribunais, reconheçam que pelo menos uma classe de termos estatutários será habilmente definido não por outros textos jurídicos, mas por meio de investigação estranha aos textos legais e perguntar se a agência passou por um processo razoável para chegar a sua atual interpretação. Tal significa que a *Court* pode até rejeitar a interpretação da agência em um caso em particular, mas provavelmente deixará à agência a flexibilidade necessária para propor mais tarde uma interpretação alternativa.^{xiii}

No que tange a ambiguidade da lei ou a clareza, a regra criada em *Chevron*, em sua aparente simplicidade no teste binário, a merecer um controle deferente ou não deferente, não oferece um modelo para identificar a suposta ambiguidade legislativa. Eduardo Jordão (2016b, p. 17-18) explica, os tribunais para avaliar a ambiguidade da lei vão além da mera abstração e efetuam uma leitura completa e complexa da legislação, com vistas a identificar a intenção do Congresso, o que implica em examinar o texto legislado, as definições dos dicionários, os cânones de interpretação, a estrutura da lei, o propósito ou intenção legislativa e a história legislativa.

Uma questão que será debatida mais adiante, ao referir a posição de Neil Gorsuch, é a chamada delegação do Congresso, seja de forma explícita ou implícita às

agências para deliberar sobre ambiguidades da legislação. A decisão *Chevron* partiu da regra anterior, ao indicar que o Congresso teria delegado autoridade às agências para atuar como intérpretes primários das leis sob sua administração, o que não é indene de críticas (MERRIL, 2017, p. 256).

Sob *Chevron*, a tarefa de resolver a ambiguidade legislativa e a conciliação de interesses conflitantes cabe à administração, com vantagens institucionais comparativas, maior legitimidade democrática e maior expertise nas questões pertinentes (JORDÃO, 2016a, p. 203-204).

Quando o Congresso edita uma lei e confere o diploma legal para a administração de uma agência governamental e o texto legislado resta ambíguo, parece ter delegado implicitamente às autoridades administrativas o poder de interpretação da norma. Destarte, a delegação enfatiza a natureza *política* das decisões administrativas, a “delegação implícita do Congresso para a promoção de políticas públicas.” (JORDÃO, 2016a, p. 204). Aliás, em *Chevron* a Suprema Corte invocou precisamente a teoria democrática para dotar a interpretação das leis às agências, pois estão sob supervisão do Presidente, eleito por todas as pessoas e assim é apropriado que elas resolvam as questões concorrentes que o próprio congresso não resolveu, pois os juízes não são parte de nenhum ramo político e não tem eleitorado (MERRIL, 2017, p. 256-257).

Anteriormente a *Chevron*, a interpretação do Direito era a província dos tribunais, o “say what the law is”, notadamente a pronunciar sobre o significado dos estatutos legais (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803) *apud* MERRIL, 2017, p. 257). Após *Chevron*, os doutrinadores e os juízes passam a perceber que as agências poderiam ter vantagens como intérpretes, ao menos em algumas circunstâncias, notadamente em suas áreas de *expertise*.

3 O consenso em *chevron* e sua sedimentação

Anteriormente ao *leanding case* chegar à Suprema Corte, alguns aspectos da mudança política nos Estados Unidos e a atuação da Agência de Proteção Ambiental

(*Environmental Protection Agency*) ou simplesmente *EPA* -, podem explicar em parte o que culminou na *Doutrina Chevron*.

A eleição de Ronald Reagan como presidente em 1980 marcou uma grande mudança na política do Poder Executivo às questões de regulamentação da segurança e para o meio ambiente. Constituiu na implantação de uma filosofia de desregulamentação, aproximando aos mecanismos do mercado, notadamente nos aspectos regulamentares da matéria ambiental. A agência *EPA*, em consonância com a metodologia política do Governo, anunciou que estava reconsiderando questões relacionadas à definição de *fontes fixas* e permitindo aos Estados adotar uma definição mais liberal, ou seja, uma definição que levasse em consideração a integralidade de uma planta industrial. O resultado foi que a *EPA* permitiu que os Estados adotassem uma definição de fonte não qualificada no modelo anterior, mudança que foi justificada para dar uma “maior flexibilidade”.^{xiv} Na definição do conceito bolha adotado, as indústrias poluidoras poderiam instalar ou modificar uma peça de equipamento sem violar as condições da concessão da licença, condicionando a não aumentar o nível de poluição em sua totalidade da planta industrial, ou seja, todos os aparelhos poluentes dentro de uma mesma planta industrial seriam considerados como uma única fonte poluidora, como se fosse uma bolha (JORDÃO, 2016a, p. 201-202).^{xv}

Os novos regulamentos de 1981 foram questionados judicialmente no Circuito D.C. por três grupos de defesa do meio ambiente, liderados pelo *Natural Resources Defense Council*. O caso foi atribuído a uma Câmara do Tribunal composto pelos juízes Abner Mikva, Ruth Bader Ginsburg e William Jameson. Os dois primeiros juízes eram tidos como liberais e Mikva mais tarde deixou a magistratura e foi servir como conselheiro na Casa Branca no Governo Clinton e Ginsburg nomeado pelo Presidente Clinton para a Suprema Corte. A decisão da turma foi unânime para anular a nova regulação proposta pela *EPA*, sob o entendimento de contrariar os propósitos da legislação de melhoria da qualidade do ar.^{xvi}

Thomas Merrill (2017, p. 267) faz uma abordagem dos votos dos juízes que anularam a nova regulação e afirma ser irônico que o voto da juíza Ruth Ginsburg tenha sido escolhido para a revisão da Suprema Corte, pois teria sido um voto mais restrito, enquanto que dos outros juízes seriam mais abrangentes. O resultado do Circuito D.C. parece refletir que os juízes foram propensos a substituir suas próprias preferências em detrimento das da *EPA*.

A questão da controvérsia do conceito bolha foi um dos exemplos das iniciativas de desregulamentação da administração e anulada pelo Circuito D.C. Sem dúvida, afirma Thomas Merrill (2017, p. 267), a pressão dos defensores da política de desregulamentação pressionaram o Procurador-Geral a buscar uma revisão do caso *Chevron*, para prosseguir na campanha de desregulamentação, até porque a decisão do Circuito D.C. estava de acordo com outras duas decisões anteriores e que não foram desafiadas pelo Governo. A ideia defendida, portanto, era a intenção de prosseguir com a política de desregulamentação e os precedentes no Circuito D.C. pareciam obstáculo ao que pretendia o Governo na atuação das agências.

A petição para o *certiori* foi apresentada somente em março de 1983, quanto fora decidido em um outro caso o apelo do Governo para uma maior deferência na política de desregulamentação e é difícil afirmar que esse caso tenha influenciado *Chevron*, mas pode ter moderado os argumentos do Procurador Geral, conforme explana Thomas Merrill (2017, p. 267-268). Por outro lado, prossegue Thomas Merrill (2017, p. 268), muito embora sem provas, alguns juízes podem ter pendido um pouco mais ao Governo, para não passar a impressão de a *Court* ter tomado partido na política de desregulamentação. No entanto, as petições para o *certiori* não indicam que as partes tenham pedido ao tribunal para reconsiderar as questões básicas da deferência, mas apontam para o problema prático do conceito de bolha e a confusão produzida pelas três decisões do Circuito D.C com a alegação de o tribunal de apelações ter ultrapassado os limites do *judicial review* (MERRIL, 2017, p. 268).^{xvii}

Na sua investigação do julgado pela Suprema Corte, Thomas Merrill (2017, p. 268) menciona que nada indica quanto aos argumentos apresentados para o mérito e na visão da Suprema Corte, que o caso seria visto como um meio para declarações importantes sobre a interpretação estatutária. No entanto, o Justice Stevens pode ter sido influenciado pelos argumentos do Procurador Geral quanto aos temas da qualidade do ar que podia ser melhorada com a adequada acomodação do crescimento econômico, mediante a visão de que as delegações às agências deviam ser vistas de modo diferente (MERRIL, 2017, p. 268). Explica o autor em causa, que o Justice Steven teria desenvolvido o tema da separação dos poderes por conta própria, enquanto que a petição do Procurador Geral e dos entrevistados afirmava que o Circuito D.C. tencionava colocar os Estados em uma camisa de força federal (PERLINGEIRO, 2015, p. 269-270).

As notas do Justice Blackmun parecem indicar que a decisão seria de 4x3, indicando uma divisão entre os juízes, mas alguns movimentos internos entre componentes da Suprema Corte podem ter pendido para a anunciada decisão unânime e nos apontamentos examinados consta a informação de que o Justice Burger manifestara a preocupação do quanto o Circuito D.C. teria ido bastante longe e a Suprema Corte teria que resolver isso. Sem adentrar nos detalhes colhidos, a certeza é que a Suprema Corte estava dividida e alguns juízes expressaram dúvidas quanto a um bom resultado e culminou com a atribuição para o juiz Stevens de preparar o voto que seria adotado (PERLINGEIRO, 2015, p. 270-274).

Em resumo do decidido pela Suprema Corte em *Chevron*, é de que não há provas de que o Justice Stevens tenha entendido que seria um caso de mudanças fundamentais, até porque em algumas ocasiões ao ser questionado sobre os seus escritos do julgamento, a resposta era que de que teria considerado a questão como uma mera atualização da lei estabelecida (MERRIL, 2017, p. 275).^{xviii}

Tanto é possível assim afirmar que em um caso de imigração, quando o Departamento de Justiça buscava o apoio em *Chevron* e obter deferência em sua interpretação, o Justice Stevens votou no sentido de que não era apropriada a deferência, pois era “pure question of statutory construction for the courts to decide.” (MERRIL, 2017, p. 276).^{xix} E Thomas Merrill (2017, p. 276) aponta que tampouco existem provas de que os demais juízes compreendessem *Chevron* como algo do tipo de decisão transformadora e inicialmente, no período de 1985-86, a Suprema Corte não deu muito importância ao seu precedente e parecia ser destinado à obscuridade, mas no final da década de 1980 a porcentagem de casos com o exame de sua decisão aumentou muito, para cerca de 40% e no final dos anos 90 já chegava em torno de 60%.

Outras causas também contribuíram para que *Chevron* viesse a adquirir o status de um precedente fundamental de Direito administrativo, o que pode ser atribuído da consideração principal no Circuito D.C., com a migração de juízes (Antonin Scalia) e funcionários para a Suprema Corte (MERRIL, 2017, p. 277-278). O ensaio de Thomas Merrill (2017, p. 279) aponta que alguns juízes mais jovens foram tendencialmente favoráveis na adoção desde logo da *Doutrina Chevron* e as preferências políticas podem não ter influenciado, pois a juíza Patrícia Wald, de origem Democrata, nomeada por Carter, foi a juíza responsável pela rápida assimilação do precedente no Circuito D.C.

Aliás, ao estudar a história de *Chevron*, notadamente de que os juízes Republicanos nomeados por Reagan no Circuito DC seriam tendentes à época de consagrar a *Doutrina Chevron* e dando maior deferência às agências governamentais, em oposição aos juízes Democratas, hoje parece merecer uma nova leitura (MERRIL, 2017, p. 278-279), além do que a consideração quanto a origem do juiz sempre foi tomada como especulações.^{xx} O fato é que a afirmação de que os juízes republicanos poderiam ter aproveitado a *Doutrina Chevron* como uma arma mais eficaz para defender decisões administrativas controversas (MERRIL, 2017, p. 279), talvez não fosse nem à época um dado preciso e na atualidade muito menos no âmbito da Suprema Corte, ao considerar eventual peso na ideologia de N. Gorsuch, francamente com posição externada para uma ampla revisão.

A explicação mais plausível pode ser atribuída à ascensão de *Chevron* foi pela atuação dos advogados do Executivo, com forte apelo para defender as posições das agências, notadamente naqueles casos em que o Congresso não teria falado diretamente quanto ao assunto em discussão. No mesmo sentido, os advogados do Executivo, do Departamento de Justiça, atuavam para que *Chevron* fosse um padrão de revisão e a persistência teria dado resultado, com a consideração dos tribunais para o padrão criado (MERRIL, 2017, p. 281).

4 O esclarecimento de *Chevron* - o caso *mead* e a fase zero

A sedimentação aparente de *Chevron* e sua simplicidade do teste binário em que a interpretação da administração encontraria a solução razoável e os tribunais concederiam a deferência, não se sustentou. Aos poucos, conforme anotado por Eduardo Jordão, os tribunais foram confrontados com situações em que a interpretação administrativa não estava escorada em procedimentos formais, a fim de avaliar a devida legitimidade (JORDÃO, 2016b, p. 26).

Em *Mead* (United States v. Mead Corporation, 533 US 218,232 (2001)), o teste binário e aparentemente simples foi deixado de lado, cuidando das complexidades encontradas e a Suprema Corte afirmou que a deferência de *Chevron* seria devida nas situações em que a intenção do Congresso fosse identificada em consonância com a interpretação da autoridade administrativa nas questões em que tenha força de lei (JORDÃO, 2016b, p. 26).

Desse modo, a partir de *Mead*, o teste binário somente será efetuado acaso superada uma fase preliminar, na qual será examinada a intenção do Congresso, no sentido de que a interpretação da agência (autoridade administrativa) fosse dotada de força de lei (JORDÃO, 2016b, p. 26), o que implica em delegação de uma camada do Poder Legislativo, algo que parece estar em desacordo com o princípio da separação dos poderes, tão cara aos Estados Unidos, o que será adiante abordado quando da análise do voto de Neil Gorsuch, ainda no Décimo Circuito.

O que foi decidido pela Suprema Corte em *Mead* parece não esclarecer adequadamente como resolver a identificação da suposta intenção, algo que como diz Neil Gorsuch, é um negócio notoriamente duvidoso sob as melhores circunstâncias de encontrar, em uma instituição composta por 535 membros (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch*. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016)).

Alias, um pouco antes de *Mead* a Suprema Corte já sinalizava o retorno ao debate acerca da delegação de poderes às agências, a exemplo do caso *Christiansen v. Harris County* (2000)^{xxi}, e é um dado a ser elidido, pois o Congresso americano comumente autoriza as a adotar "rules and regulations", mas não diz especificamente que espécie de regras, se legislativas - e portanto com força de lei - ou não-interpretativas.^{xxii}

Assim, sem qualquer direção no texto legislativo, não há no caso *Mead* um critério seguro sobre quando é possível o controle judicial dos atos administrativos, mas naquelas hipóteses em que não puder ser identificada a intenção do Congresso, ainda assim não cabe às *Courts* decidir desde logo a matéria, de forma direta. Cabe, nessas situações, adotar a *Deferência Skidmore*. Segundo o assentado pela Suprema Corte em *Mead*, cabe aos tribunais para uma segura orientação ao decidir para deferência ou não, observar o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto debatido, o que iluminará o esclarecimento da *Court*. O que de diferente tem entre *Skidmore* e *Chevron*, é que a *deferência Skidmore* não atua na base do tudo ou nada, "mas importa a concessão de um peso gradual à opinião da autoridade administrativa em função de seus múltiplos aspectos" (JORDÃO, 2016b, p. 27).

Na verdade, a experiência especializada de uma agência na administração de um regime legal pode ser muito influente na determinação da persuasão, limitando consideravelmente a liberdade dos tribunais de desconsiderar a decisão da agência (GALLAI, 2003, 757-758).^{xxiii} Uma questão que se afirma é que a decisão em *Mead* causa um aumento na transparência das atividades das agências. Explica-se: Em *Mead*

pode existir um aumento de poder direto às *Courts* para supervisionar as ações administrativas e indiretamente, as agências podem definir suas políticas mas sem desvios pois devem demonstrar os efeitos persuasivos de suas ações com a necessária transparência (GALLAI, 2003, p. 758).

A tensão existente entre o estado de direito e a flexibilidade na regulação não é nova pontua Giacomo Gallai (2003, p. 737-738), e estão interligadas, pois ao eliminar a possibilidade de revisão das decisões administrativas das agências, exige a obediência nas formalidades da lei para poder completar a liberdade de estabelecer políticas públicas.

Em *Chevron*, na sua estrutura aparentemente simples e binária, não abordava as questões de que as interpretações legislativas da Administração Pública poderiam ser efetivadas por formas diferentes, o que mais tarde foi percebido como uma circunstância relevante e não era claro que os tribunais deviam deferência aos atos veiculados de modo informal. Quando a discussão veio, o resultado concreto foi a introdução de uma fase preliminar, um padrão intermediário para o *review de novo* e a *Chevron Deference*, com a conseqüente promoção da transparência administrativa e dá o fardo às agências de demonstração da existência de delegação do Congresso para proferir decisões com força de lei (GALLAI, 2003, p. 767).

O decidido em *Mead* pode restar afetado em face do ambiente político, notadamente na atualidade, pois a crescente demanda por segurança nacional (Nos EUA) tende a favorecer uma maior eficácia da atividade das agências, possivelmente exigindo a diminuição da transparência e um menor escrutínio pelo poder judicial. Nessa luta, entre a segurança e a transparência, o peso de *Mead* será determinado com a capacidade dos tribunais para garantir que o uso da “escape clause” não prive a regra geral da deferência *Skidmore* de sua eficácia e importância (GALLAI, 2003, p. 757-758).

5 O caso brandon x e a revogação administrativa de um precedente – um passo adiante ou o retrocesso anunciado?

De acordo com os princípios de *Chevron*, no caso conhecido como *Brand X* (National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services. 545. U.S. 967 (2005)), a Suprema Corte americana rejeitou o argumento de que *Chevron* não se aplica quando uma ação da agência entra em conflito com a prática passada e mais ainda, foi concluído que *Chevron* dita que a interpretação de uma agência no que tange a

ambiguidades de uma lei que administra recebe deferência, pois deve ser apoiada as posições das agências, quando suas políticas derivam da “realidade cotidiana” (MANNI, 2016, p. 384). Em *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, a Suprema Corte decidiu que a interpretação dada por uma agência de um estatuto que administra deve prevalecer se a lei for ambígua e a interpretação da agência for razoável. Em *National Cable Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services* (545 U.S. 967 (2005)), o Tribunal deu um passo adiante e considerou que, se o teste *Chevron* em duas etapas estiver satisfeito, a interpretação de uma agência deve prevalecer mesmo quando um tribunal adotou uma interpretação contrária no passado.

Ao que exsurge de *Brand X*, a agência obtém uma espécie de autoridade legislativa delegada, dado que pode anular um precedente judicial em favor da interpretação preferida da agência executiva. No entanto, o Décimo Circuito decidiu um pouco diferente e afirmou, a interpretação de uma agência deve aguardar a opinião de um tribunal, ou seja, a interpretação de uma agência não surtirá efeitos enquanto o tribunal não retirar o precedente legal (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10º Cir. 2016)).

Desse modo, a decisão recente do Décimo Circuito pode conduzir a uma reinterpretção da *Doutrina Chevron*. Efetivamente, o voto do juiz relator resta acompanhado, embora com opiniões distintas pelo juiz Neil Gorsuch, agora Justice da Suprema Corte e trará maiores reflexões e implicações em sua judicatura na mais alta *Court* americana (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).^{xxiv}

Quanto ao caso *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, o problema interpretativo consiste na definição de qual é a regra prevalente em dois dispositivos da lei de imigração. A lei de imigração dos Estados Unidos parece conter duas disposições conflitantes: U.S.C. §§ 1255(i)(2)(A) e 1182(a)(9)(C)(i)(I). A primeira norma legal concede ao Procurador Geral a possibilidade de ajustar o status daqueles que tenham entrado ilegalmente no país e lhes permitir residir legalmente (*De Niz Robles*, 803 F.3D at 1167). A segunda norma estipula que aqueles que tenham ingressado ilegalmente nos Estados Unidos por mais de uma vez são categoricamente proibidos de obter o direito de residir legalmente, a não ser que cumpram um período de espera de dez anos fora das fronteiras americanas.

A deferência ao Procurador Geral para decidir os pedidos de amparo já configura um precedente do Décimo Circuito de 2005, ao decidir que a autoridade em questão

detinha o poder legal de dar amparo sem exigir o período de espera de dez anos (*Padilla-Caldera v. Gonzales (Padilla-Caldera I)*, 426 F.3d 1294, 1299-1301 (10th Cir. 2005)).^{xxv} No entanto, a interpretação do Décimo Circuito não foi a última palavra, pois a agência de imigração, a Board of Immigration (BIA) em 2007 ofereceu uma opinião no sentido de que por uma questão de discricção política, a tensão entre os dispositivos legais deveria ser resolvido em desfavor do Procurador Geral para avaliar os pedidos de ajuste de status (*Briones (In re Briones)*, 24 I. & N. Dec. 355, 370-71 (B.I.A. 2007) (GORSUCH, 2016, p. 914)).^{xxvi} Portanto, a decisão administrativa da BIA estava em conflito direto com o precedente do Décimo Circuito (*Padilla-Caldera I*).

Posteriormente, em um caso que chegou ao Décimo Circuito, quando a agência de imigração adotou a nova regra anunciada (*Briones*), o tribunal concluiu que as duas diretrizes legais eram ambíguas. Destarte, em face da segunda fase do teste adotado em *Chevron*, presumia a delegação pelo Congresso à autoridade administrativa para fazer uma escolha política razoável decorrente da suposta ambiguidade da lei. Logo, conjugando com a extensão de *Brandon X*, ao tribunal cabe anular a própria interpretação da lei já fixada (*Padilla-Caldera v. Holder (Padilla-Caldera II)*, 637 F.3d 1140, 1148-52 (10th Cir. 2011)).

Destarte, depois desse último caso, ao dar deferência a BIA, a regra é de que todos os futuros petionários devem satisfazer o período de espera de dez anos sem solicitar o amparo do Procurador Geral. No entanto, ainda há o problema para ser resolvido a quem solicitou o amparo do Procurador Geral quando ainda estava em vigor o precedente *Padilla-Caldera I*, ou seja, antes da interpretação administrativa de *Briones*. No caso *De Niz Robles*, a BIA quis dar efeito retroativo ao que deliberou em *Briones*, mas o Décimo Circuito não concedeu a deferência, pois uma nova regra de aplicabilidade geral ao abrigo da *teoria Chevron* e de *Brandon X*, ou seja, de autoridade legislativa delegada, deve valer para o futuro (prospectividade). É a opinião de Neil Gorsuch (2016, p. 912), quando alude que os fundadores dos EUA foram enfáticos ao dispor que a legislação deve geralmente surtir efeitos prospectivos e que há uma presunção tão antiga quanto a Common Law de que toda legislação, seja de ordem criminal ou civil, tocar apenas o futuro e não o passado.

E quanto a última questão em aberto, Hugo Gutierrez-Brizuela requereu o ajuste de seu status com base do que o Décimo Circuito fixou em *Padilla-Caldera I*, quando ainda em vigor o precedente no tribunal^{xxvii}, embora após a decisão administrativa de

Briones. O que se viu é que a agência de imigração quis fazer valer a sua posição administrativa com efeitos retroativos, pois já havia efetuado o anúncio da nova interpretação ao regime legal de imigração.

Conforme assentado no julgamento, o precedente continuava vinculando no âmbito do Décimo Circuito até o momento em que decidiu por sua retirada, ou seja, ao decidir o caso *Padilla-Caldera* e passou a vigorar a interpretação administrativa de *Briones*.

A questão básica extraída do voto do relator, é que os precedentes judiciais devem ser respeitados, pois as pessoas possuem o direito de confiar nas regras fixadas pelos tribunais enquanto assim permaneçam. Por outro lado, acaso restasse permitido às agências alterar as regras do jogo no curso dos litígios, os prejuízos seriam muito maiores: há os custos associados ao grau de incerteza a uma classe inteira de pessoas com interesses em jogo, qual seja, o direito em potencial de permanecer legalmente nos Estados Unidos da América e os problemas do devido processo legal, entre eles a pretensa aplicação retroativa de uma regra.

Por isso, a solução proposta pelo relator foi no sentido de que o precedente da *Court* permanece enquanto não for revogado pelo tribunal, mas as agências administrativas podem efetivamente anular os precedentes judiciais, mas sua aplicação será apenas para o futuro.

Quanto ao voto de Neil Gorsuch, há inúmeras críticas, as quais certamente vão nortear o futuro debate nos tribunais e na Suprema Corte. O juiz Gorsuch começa com muita ênfase, afirmando:

There's an elephant in the room with us today. We have studiously attempted to work our way around it and even left it unremarked. But the fact is *Chevron* and *Brand X* permit executive bureaucracies to swallow huge amounts of core judicial and legislative power and concentrate federal power in a way that seems more than a little difficult to square with the Constitution of the framers design. Maybe the time has come to face the behemoth (GUTIERREZ-BRIZULEA V. LYNCH, 834 F.3d 1142, 1149).^{xxviii}

O juiz Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring))^{xxix} lembra a ideia subjacente da teoria da separação dos poderes, notadamente para proteger o cidadão contra a indevida invasão governamental em face das liberdades do povo, incluindo-se àqueles que

foram enumerados posteriormente na Declaração de Direitos, o famoso *Bill Of Rights*. Há um questionamento bem incisivo pelo juiz Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), ao aventar a possibilidade do que poderia acontecer na hipótese de uma eventual maioria política no legislativo e do executivo decidir casos e controvérsias do passado, ou quando os juízes não respeitassem as decisões políticas e pudessem decidir as questões da política para o futuro ou até mesmo executar as políticas (GORSUCH, 2016, p. 913). Portanto, justamente para evitar esses tipos de perigo que foi idealizada a separação de poderes, com os poderes difusos e um governo menos capaz de invadir as liberdades do povo.

Para o Justice Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), o alcance de *Brand X* ao abrir a possibilidade de uma nova interpretação administrativa alterar o precedente judicial é um fator de risco e configura uma espécie de super tribunal de recursos, algo que pode ser enquadrado como uma revisão inconstitucional de uma interpretação judicial da lei. Assim, quando os ramos políticos discordam de uma interpretação judicial da lei, a Constituição prescreve o processo corretivo apropriado, qual seja, uma nova legislação (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).

O princípio do *stare decisis*, enfatiza Neil Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), sempre muito reverenciado pelos autores da Constituição, justamente porque conheciam sua importância de configurar uma arma contra a tirania. Portanto, *Brandon X* corre o risco de atropelar o projeto constitucional mediante a concessão às agências executivas para anular de forma prospectiva uma declaração judicial quanto ao significado da lei, o que a legislação poderia fazê-lo, mas sem os inconvenientes do processo legislativo que a Constituição prescreve.

E o segundo passo de *Chevron* quando informa aos juízes para permitir às agências executivas resolver o significado de qualquer disposição legal ambígua parece não ser menos do que uma doutrina feita para que o juiz abdique do dever judicial de interpretar as disposições estatutárias e as ações das agências quando sejam inconsistentes com essas interpretações, pontua o juiz Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J.,

concurring)). Sob *Chevron*, o problema é que os tribunais não estão cumprindo com seu dever de interpretar a lei e declarar as ações das agências inválidas ou inconsistentes com essas interpretações nos casos que lhes são submetidos (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).

Ainda, Gorsuch busca apoio nas disposições da APA, 5 U.S.C. § 706, para argumentar que parece restar desmentido as suposições de *Chevron*, pois o Congresso teria textualmente investido os tribunais com a responsabilidade de interpretar disposições estatutárias (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)). E nada teria dito o Congresso com a pretensa delegação do seu poder legislativo às agências executivas, o que chama de ficção ((*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).

E vai além. Afirma que mesmo na suposição de houvesse algo parecido com uma delegação parlamentar de autoridade legislativa, a questão é que se o Congresso poderia realmente delegar sua autoridade legislativa, o poder de escrever novas regras de aplicação geral? Ora, com base em precedente da Suprema Corte, o Congresso não pode delegar o Poder Legislativo ao Presidente, pois esse princípio é universalmente reconhecido como vital para a integridade e a manutenção do sistema de governo regido pela Constituição (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).^{xxx} Na mesma linha, sustenta que o propósito de *Chevron* parece estar em desacordo com a teoria da separação dos poderes, das funções legislativas e executivas, bem como em seus efeitos (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).

Claro, o juiz Neil Gorsuch aduz que o Congresso pode permitir ao Executivo fazer novas regras de aplicação geral, algo parecido com a legislação, desde que essa contenha um princípio claramente da política geral que a agência deve aplicar e os limites da delegação de autoridade, ou seja, o Congresso deve ao menos fornecer orientações substanciais acerca da configuração.

Em seu voto, o justice Gorsuch entende que o princípio da separação dos poderes pode restar afetado com *Chevron*, e a acumulação de poderes pode soar

perigosa, justamente por não ocorrer em um único dia, mas vem lentamente e decorre do desrespeito das restrições impostas pela Constituição.

O juiz Gorsuch afirma a suspeita entre a *Chevron* e a compatibilidade com a separação dos poderes, pois a própria Suprema Corte já decidiu no sentido de que não deva ser aplicada a *Deferência Chevron* nos casos em que as agências buscam interpretar as leis criminais (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)). E assim seria por uma razão muito simples, pois as *Courts* estariam abdicando do papel de dizer o que é a lei e de exercer de forma independente a interpretação dos estatutos. Portanto, não parece existir uma lógica da não aplicação do mesmo princípio nas leis de natureza puramente civil e afinal, a APA não faz distinção entre as leis puramente civis e outros tipos de leis ao descrever os deveres interpretativos dos tribunais.

E a linha que separa as leis criminais das de natureza civil é muito tênue, pois o teste de equilíbrio é complicado para administrar, pois sugere um teste composto por sete fatores não exclusivos para distinguir as penalidades legais entre as de natureza civil e criminal.^{xxxii}

Além de tudo isso, pontua Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), o precedente *Mead* é um dos exemplos práticos da administração de *Chevron*. Conforme anota, a Suprema Corte acrescentou um *step zero*, quando então para os tribunais decidirem sobre aplicar ou não a *Deferência Chevron* passa a ser exigido um teste de equilíbrio multifatorial, nem sempre fácil de ser elidido. E em segundo lugar, algumas questões nunca foram resolvidas afirma Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), entre elas para decidir se o Congresso falou diretamente quanto a questão ou se deixou ambíguo, o que deveria ser consultado? Somente sozinha a linguagem da lei? A estrutura e história? Os Cânones de interpretação? Os relatórios dos Comitês? Todas os pedaços da história legislativa devem ser desencavados? E anota Gorsuch (*Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)), já foi identificada por alguns ao menos três variantes em potencial da jurisprudência da Suprema Corte para definir a linha entre o primeiro e o segundo passo do teste *Chevron*.

E o Justice Gorsuch não está sozinho nas críticas, pois há no entanto cada mais juízes e acadêmicos levantando questões fundamentais se *Chevron* deveria existir e não é novidade o ceticismo quanto a deferência, tanto que em 2015 o Justice Clarence Thomaz em voto que acompanhou a decisão da Corte, mas com razões distintas chegou a questionar a constitucionalidade da *Doutrina Chevron* (Michigan v. EPA, 135 S. Ct. 2699, 2712–14 (2015) (Thomas, J., concurring)) (POJANOWSKI, 2016, p. 1078).^{xxxii}

Antes de discutir o que mudaria para o direito administrativo a substituição da deferência em *Chevron*, o tribunal deveria rever as questões legais e identificar o que provavelmente permaneceria em face do abandono da *Doutrina Chevron* (POJANOWSKI, 2016, p. 1080). Muito pouco deve ser alterado, pois as revisões legais do que não é elegível para a deferência *Chevron* permaneceriam iguais, pois ou a agência não administra o estatuto em questão ou a sua interpretação não será deferida no teste multifatorial de *Mead* ou as interpretações legais das agências já estariam sobre o precedente do padrão de *Skidmore* (POJANOWSKI, 2016, p. 1080).

Além disso, o impacto do possível abandono de *Chevron* depende de identificar o quão rigorosamente os tribunais aplicam o primeiro passo na atualidade e devem os tribunais utilizar todas as ferramentas interpretativas usuais à sua disposição e considerar não apenas a provisão em questão, mas também o texto mais amplo e a estrutura do ato e talvez até outra legislação relacionada ou similar (POJANOWSKI, 2016, p. 1080).

Em suma, será muito difícil dar razão à administração quando o juiz concluir que a agência interpretou de uma forma, mas não era a melhor com outra concorrente, e na afirmação de Antonin Scalia, uma pesquisa tão rigorosa faria de *Chevron* “a doctrine of desperation” (POJANOWSKI, 2016, p. 1078).^{xxxiii}

Portanto, é possível afirmar, a *Doutrina Chevron* deverá ser revista, pois uma revisão judicial do significado da lei limitaria a capacidade de uma agência alterar a lei já existente e evitaria os problemas com o devido processo, restaurando a confiança e permitiria aos cidadãos organizarem os seus negócios, com a necessária garantia que o tapete não lhes seria retirado amanhã, nos próximos dias ou após as próximas eleições (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)). E por fim, um mundo sem

Chevron pouco mudaria, exceto talvez as coisas mais importantes (Gutierrez-Brizulea v. Lynch, 834 F.3d 1142, 1149–58 (10th Cir. 2016) (Gorsuch, J., concurring)).

6 Conclusão

Muito embora o sistema jurídico dos Estados Unidos seja o da *Common Law* e exista a consagração da teoria do precedente, a Suprema Corte não guarda fidelidade extrema aos seus julgados, pois pode mudar a regra do Direito criada, seja por passar a desconsiderá-lo totalmente, seja por dar um sentido diverso de sua concepção original. No campo da Suprema Corte assim já ocorreu em inúmeros precedentes, como o caso da pena de morte e do aborto e nem é possível afirmar que um Justice venha a seguir uma diretriz partidária de sua origem, pois uma vez nomeado juiz, passa a agir com total independência.

Além disso, os precedentes dos tribunais podem ser revogados por lei do Congresso ou em alguns casos, como decidido em *Brandon X*, existe a possibilidade de a decisão da autoridade administrativa revogar um precedente judicial, o que não é isento de críticas.

Quanto a *Doutrina Chevron*, a sua conformação original já não mais persiste e as sucessivas discussões na Suprema Corte alteraram muito de sua concepção primeira, como foi o caso da inserção do *step zero*.

E a doutrina norte americana está sendo muito crítica com a *Deferência Chevron*, o que parece refletir um momento muito particular na política dos Estados Unidos. A escolha de um novo juiz para a Suprema Corte americana, com senso crítico daquele precedente é um fator muito forte de que em breve deverá ser revista a *Deferência Chevron*. Depois, a composição da Suprema Corte americana já não é mais aquela que decidiu originalmente *Chevron*, além do que sucessivos julgamentos questionam o alcance da *Deferência Chevron*.

Qual será a medida da revisão? Ao que indica a doutrina pesquisada e o caso decidido no Décimo Circuito pelo Justice Neil Gorsuch, apontam para um possível retorno a *Skidmore*. Assim, será exigido aos tribunais uma apreciação mais rigorosa quanto aos fundamentos das decisões administrativas, com o cuidado ao devido processo e investigar qual seria a melhor decisão.

Referências

BERNSTEIN, Anya. **Differentiating deference**. Yale Journal on Regulation 1, v. 33, p. 2-53, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras independentes, separação de poderes e processo democrático. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Augstin Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GALLAI, Giacomo. **United States v. Mead Corp.**: Will Administrative Transparency Survive the Increasing Demand for National Security? Pepperdine Law Review 4, Rev. 30, p. 725-768, 2003.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Os poderes das agências americanas e judicial review – leading case e básicas observações. **Revista da Ajuris**, p. 179 et seq. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/20db5/20e13/21311?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri-SP: Manole, 2004.

GORSUCH, Neil M. **Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia**. 905-920. Case Western Reserve Law Review, v. 66, issue 4, 2016.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. **Dicionário jurídico Noronha: inglês-português, português-inglês**. 6. Ed. São Paulo: Observador Legal, 2006.

GUERRA, Sérgio. Atualidades sobre o controle judicial dos atos regulatórios. REDAE: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 21, p. 7, fev./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-21-fevereiro-2010-sergio-guerra.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

HYLTON, Keith N. **Gorsuch versus Scalia: How Will Antitrust Change?** Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr17_hylton.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 17 ju. 2017.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016a.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público**: RBDP, Belo Horizonte, v 14, n. 52, p. 9-43, jan./mar. 2016b.

MANNI, David P. **National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand x Internet Services**: A War of Words. The Effect of Classifying Cable Modem Service as an Information Service, v. 13 Jeffrey S. Moorad Sports L. J. p. 353-389, 2006.

MERRIL, Thomas W. **The Story of chevron**: The making of an accidental Landmark. Disponível em: <<http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. **O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva**: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2511545>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2919991>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

POJANOWSKI, Jeffrey A. **Without deference**. *Missouri Law Review*, v. 81, p. 1075-1093, 2016.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. **Duke Law Journal**, n. 3, p. 511-521, June 1989.

STARR, Kenneth W. et al. Judicial Review of administrative action in a conservative era. **Administrative Law Review**, n. 39, p. 353-398, 1987.

Lista de casos

- Gutierrez-Brizuela v. Lynch. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
- 467 U.S. 837 (1984).
- Smiley v. Citibank (S.D.), N.A., 517 U.S. 735, 742, 116 S. Ct. 1730, 135 L. Ed. 2d 25 (1996).
- Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).
- INS v. Cardozo-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987).

- *Negusie v. Holder*, 129 S. Ct. 1159 (2009).
- *United States v. Mead Corporation*, 533 US 218,232 (2001).
- *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*. 834 F.3d 1142 (10th Cir. 2016).
- *Heartland By-Products, Inc. v. United States*, 264 F.3d 1126 (Fed. Cir. 2001).
- *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*. 545 U.S. 967 (2005).
- 545. U.S. 967 (2005).
- *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (10º Cir. 2016).
- *Padilla-Caldera v. Gonzales (Padilla-Caldera I)*, 426 F.3d 1294, 1299-1301 (10th Cir. 2005), e substituído por 453 F.3d 1237, 1242-44 (10th Cir. 2006).
- *Padilla-Caldera v. Holder (Padilla-Caldera II)*, 637 F.3d 1140, 1148-52 (10th Cir. 2011).
- *Gutierrez-Brizulea v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149.
- *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892).
- *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99-100 (1997).
- *Michigan v. EPA*, 135 S. Ct. 2699, 2712–14 (2015) (Thomas, J., concurring).
- *Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987) (Scalia, J., concurring).

- ⁱ No original: *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC is one of the most famous cases in administrative law, but it was not regarded that way when it was decided*. O ensaio original de Thomas Merrill foi parcialmente modificado para acrescentar algumas informações e revisões mais atualizadas, segundo informa Charles Evans Hughes, Professor da Columbia Law School. (MERRIL, 2017, p. 253 em nota explicativa).
- ⁱⁱ Para Ricardo Perlingeiro (2017, p 186), ao comentar sobre a deferência administrativa e controle judicial intenso, um judiciário generalista “pode se sentir tentado a agir como as courts americanas, abstendo-se de controlar as questões fáticas das decisões administrativas, e limitando-se a uma revisão de legalidade e (principalmente) formal das decisões impugnadas”. Ao longo deste ensaio, pode ser vislumbrado que o sistema judicial dos Estados Unidos está propenso a exercer um controle judicial com mais intensidade do que até então fazia e a uma tendência de esvaziar ou reinterpretar a *Doutrina Chevron*, com fortes críticas tanto da Doutrina como dos tribunais.
- ⁱⁱⁱ Na decisão da Suprema Corte, 467 U.S. 837 (1984). 842-843.
- ^{iv} Em igual sentido, vide p. 255. Explica Sérgio Guerra (2010, p. 7), “Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências (*judicial deference*).”
- ^v Eduardo Jordão (2016, p. 207-208) anota que a não deferência “pode resultar de um cânone de interpretação segundo o qual devem ser evitadas leituras que causem problemas constitucionais quando a legislação permitir alternativas menos problemáticas [...] e pode ser invocado independentemente de *Chevron* ou através do Passo 1 do seu teste bifásico. Nesse último caso o tribunal afirmará, então, que não há ambiguidade legislativa, na medida em que apenas uma alternativa interpretativa é possível em face da Constituição.”
- ^{vi} A doutrina também fez críticas ao decidido em *Chevron* e Richard Willard afirma que a Suprema Corte parece ter resolvido o caso de uma certa forma desajeitada, o que seria até não intelectualmente justificado, pois o “step two” seria o típico caso de discricção (STARR, 1987, p. 376-377).
- ^{vii} José Guilherme Giacomuzzi (2017, p. 179) pontua que todo regulamento administrativo contém ambiguidades e a posição da Suprema Corte no que tange às interpretações das agências sobre os seus regulamentos (agency-administered statutes) antes de 1984 era muito flexível e existiam duas linhas argumentativas para instruir as cortes sobre o correto papel judicial no controle dos atos administrativos tomados pelas agências.
- ^{viii} A propósito, Scalia (1989, p. 517) afirmou em sua palestra: Certamente, me parece que referido procedimento tiraria da *Chevron* uma de suas maiores vantagens, do ponto de vista da teoria governamental, a qual permite necessária flexibilidade, assim como participação política apropriada, no processo administrativo” (tradução nossa). No original: “Indeed, it seems to me that such an approach would deprive *Chevron* of one of its major advantages from the standpoint of governmental theory, which is to permit needed flexibility, and appropriate political participation, in the administrative process.”
- ^{ix} Vide 5 U.S. Code § 706 – [...]Scope of review [...] The reviewing court shall— (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be— (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law; [...]. Esclarece Sérgio Guerra “foi com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que uniformizou-se o tratamento

dispensado às Agências Reguladoras. Esse *act* definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O *judicial review* funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (*adjudication making*) ou normativa (*rulemaking*). Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito” (GUERRA, 2010, p. 7). Anota Gustavo Binenbojm (2007, p. 203), “[...] o Judiciário norte-americano tem tido um papel crescente no controle das agências reguladoras. A chamada *hard-look doctrine* foi desenvolvida para permitir ao Judiciário se desincumbir das duas tarefas que lhe foram conferidas pelo *Administrative Procedure Act* – APA – garantir a fidelidade do processo regulatório ao direito [...] e invalidar decisões ‘arbitrárias ou caprichosas’.”

- ^x As agências possuem limites em suas ações. “Há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação, dados o *judicial review* e o controle do Legislativo. O Congresso reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras. [...] Regras interpretativas também são produzidas pela administração. Trata-se de normas para aplicação de regras legislativas em casos especiais, não previstos pelo legislador da norma geral. [...] As agências públicas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*) no direito constitucional norte-americano, tendo poder de determinar direitos e obrigações a particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico” (GODOY, 2004, p. 117-118).
- ^{xi} SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretation of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 519, June 1989. É claro, quando a ação administrativa da agência adota uma posição legal em assuntos que não sejam da agência, o posicionamento não está qualificado para subsunção ao tratamento conferido em *Chevron* (SCALIA, 1989, p. 519).
- ^{xii} Assim já foi decidido: "Sudden and unexplained change, or change that does not take account of legitimate reliance on prior interpretation, may be arbitrary, capricious [or] an abuse of discretion," and therefore unworthy of deference. *Smiley v. Citibank (S.D.), N.A.*, 517 U.S. 735, 742, 116 S. Ct. 1730, 135 L. Ed. 2d 25 (1996).
- ^{xiii} Para o assunto, *vide* Bernstein (2016, p. 44-45).
- ^{xiv} Quanto ao assunto, *vide* MERRIL, Thomas W. *The Story of chevron: the making of an accidental Landmark*. Disponível em: <<http://www.administrativelawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/66.2.3-Merrill-Chevron.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017. p. 264-265.
- ^{xv} Eduardo Jordão (2016a, p. 202) explica que daí surge o chamado *buble concept of stationaryu source*.
- ^{xvi} Quanto ao assunto, *vide* Merrill (2017, p. 265). Aliás, a ironia é que Anne Gorsuch Burford, mãe do novo Justice Neil Gorsuch estava à frente da EPA à época da nova regulação, tanto que consta como demandada nos registros do Circuito D.C.
- ^{xvii} A propósito, Ricardo Perlingeiro (2015, p. 321) esclarece que “a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*), notadamente no que diz respeito à margem de apreciação de fatos e aos Poderes Discricionários, tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade ou os direitos fundamentais
- ^{xviii} Notadamente a nota de rodapé n. 77 do texto em comento (MERRIL, 2017, p. 275).
- ^{xix} *INS v. Cardozo-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987). Alguns anos após, o Justice Stevens ainda escreveu uma opinião concorrente em que outra vez assumiu a posição de que *Chevron* não se aplica a questões puras de Direito (*Negusie v. Holder*, 129 S. Ct. 1159 (2009) (MERRIL, 2017, p. 276).

- ^{xx} Vide comentários na nota de rodapé n. 93 do texto referido (MERRIL, 2017, p. 279).
- ^{xxi} 529 U.S. 576 (2000). O pronunciamento da *Court* em *Christensen* esclareceu que persiste a aplicação em primeiro da Doutrina da Deferência articulada anteriormente em *Skidmore* e representa um recuo claro da Doutrina *Chevron*. Para maiores desenvolvimento quanto ao tema específico, *vide* Gallai (2003, p. 737-738).
- ^{xxii} Cf. Giacomuzzi (2017, p. 183 et seq.).
- ^{xxiii} Conforme anota o autor citado, é o que foi decidido em *Heartland By-Products, Inc. v. United States*, 264 F.3d 1126 (Fed. Cir. 2001) (GALLAI, 2003, p. 757-758).
- ^{xxiv} A expressão *concurring* significa que é a opinião que acompanha o voto vencedor mas com fundamentação distinta (GOYOS JÚNIOR, 2006, p. 107).
- ^{xxv} Substituído por 453 F.3d 1237, 1242-44 (10th Cir. 2006)
- ^{xxvi} Neil M. Of Lions and Bears: judges and legislators, and the legacy of justice scalia. *Case Western Reserve Law Review*, v. 66, issue 4, p. 914, 2016. Segundo *Briones*, a BIA sustentava que o regime legal era ambíguo e que no passo 2 de *Chevron* gozava do direito de exercer seu próprio “delegated legislative judgment,” e que por questões de política preferiu uma abordagem diferente e poderia impor sua nova política de forma retroativa às pessoas, como o sr. De Niz Robles (GORSUCH, 2016, p. 914-915).
- ^{xxvii} Um precedente que fixa uma regra de Direito no sistema dos Estados Unidos permanece em vigor (precedente vinculativo) enquanto não for determinada a sua retirada dos precedentes ou lei posterior venha a substituí-lo
- ^{xxviii} Em tradução livre: “Há um elefante na sala conosco hoje. Nós temos cuidadosamente tentado encontrar um caminho e até não deixar marcado. Mas o fato é que Chevron e Brand X permitem burocracias executivas para engolir enormes quantias de poderes legislativos e judicial e concentra poder federal de modo que parece mais do que uma pequena dificuldade de alinhar com a Constituição no design de quem legislou. Talvez tenha chegado a hora de encarar o gigante”. A palavra behemoth usada no escrito de Gorsuch pode melhor ser traduzida como gigante, mas também serve para descrever uma espécie de animal, provavelmente um hipopótamo que foi referido no Livro de Jó (Velho Testamento) ou como uma criatura ou coisa de grandes dimensões
- ^{xxix} Aliás, é a opinião de Neil Gorsuch (2016, p. 909), da separação de poderes deliberadamente escolhida pelos autores da Constituição, quando fizeram uma separação cuidadosa das funções de cada poder, notadamente ao descrever em artigos distintos cada um dos poderes.
- ^{xxx} E faz referência ao caso *Marshall Field & Co. v. Clark*, 143 U.S. 649, 692 (1892).
- ^{xxxi} *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 99-100 (1997) (suggesting the use of a balancing test composed of seven non-exclusive factors to tell the difference between civil and criminal statutory penalties). A propósito, consta no referido acórdão da Suprema Corte: *In making this latter determination, the factors listed in Kennedy v. MendozaMartinez*, 372 U.S. 144, 168—169 (1963), provide useful guideposts, including: (1) “[w]hether the sanction involves an affirmative disability or restraint”; (2) “whether it has historically been regarded as a punishment”; (3) “whether it comes into play only on a finding of scienter”; (4) “whether its operation will promote the traditional aims of punishment—retribution and deterrence”; (5) “whether the behavior to which it applies is already a crime”; (6) “whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it”; and (7) “whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned.” It is important to note, however, that “these factors must be considered in relation to the statute on its face,” *id.* at 169, and “only the clearest proof” will suffice to

override legislative intent and transform what has been denominated a civil remedy into a criminal penalty, Ward, supra, at 249 [...].

^{xxxii} O autor ainda cita que o Chief Justice Roberts expressou o desconforto da abnegação judicial com o crescimento da máquina administrativa e no mesmo rumo as críticas dos Professores Philip Hamburger, Jack Beermann, Michael Herz e da professora Aditya Bamzai (POJANOWSKI, 2016, p. 1079).

^{xxxiii} Referindo ao caso *Immigration & Naturalization Serv. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 454 (1987) (Scalia, J., concurring).