

**ANA GABRIELA MENDES BRAGA
DANIEL DAMÁSIO BORGES**
Organizadores

**ASPECTOS
JURÍDICOS
DA CRISE
BRASILEIRA:**

**O direito em face dos
grandes desafios nacionais**

**CULTURA
ACADÊMICA**
Editora



**ANA GABRIELA MENDES BRAGA
DANIEL DAMÁSIO BORGES**
Organizadores

**ASPECTOS JURÍDICOS DA
CRISE BRASILEIRA: o direito
em face dos grandes desafios
nacionais**

**CULTURA
ACADÊMICA** 
Editora

**ANA GABRIELA MENDES BRAGA
DANIEL DAMÁSIO BORGES
(Organizadores)**

**ASPECTOS JURÍDICOS DA
CRISE BRASILEIRA: o direito
em face dos grandes desafios
nacionais**

**CULTURA
ACADÊMICA** 

Editora

São Paulo – SP
2018

Conselho Editorial

Dr. José Duarte Neto

Dr. Victor Hugo de Almeida

Dr. Paulo César Corrêa Borges

Dra. Ana Gabriela Mendes Braga

Dr. Fernando Andrade Fernandes

Dr. Daniel Damásio Borges

Contato:

Av. Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900, Jardim Petrágliã, CEP
14409-160, Franca-SP – ddpb.franca@unesp.br

Capa: Síntese Digital

Diagramação: Márcio Augusto Garcia

Impressão e acabamento: Imprensa Oficial do Estado S/A - IMESP

Aspectos jurídicos da crise brasileira: o direito em face dos grandes
desafios nacionais. / Ana Gabriela Mendes Braga; Daniel
Damásio Borges. – São Paulo: Cultura Acadêmica Editora,
2018.
382 p.

Inclui Bibliografia

ISBN 978-85-7983-931-3

Direito. Direito Privado. Direito Internacional. Direito
Constitucional. Direito Econômico

Apoio:

PPGD - Programa de Pós Graduação em Direito

Coordenador: Prof. Dr. José Duarte Neto

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

Aspectos jurídicos da crise brasileira – por uma agenda de pesquisa sobre os grandes desafios nacionais 11

Ana Gabriela Mendes Braga

Daniel Damásio Borges

PARTE I

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO ECONÔMICO 25

A mudança do papel do Estado: reflexões acerca do liberalismo e do neoliberalismo nas transformações das políticas públicas do Estado 27

José Carlos de Oliveira

Maria J. Galleno de S. Oliveira

Rinocerontes, crise, capitalismo e Brasil 51

Adriano Ferreira

PARTE II

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO 75

Pemedebismo, lulismo e presidencialismo de coalizão: análise do processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff 77

Yasmin Commar Curia

Murilo Gaspardo

O Brasil atual: dilemas institucionais e crise política. Uma análise jurídica de dois fatos recentes 107

Luiz Gustavo Bambini de Assis

Ditadura judicial e estado de exceção 131
Hélcio Ribeiro

A crise e o patrimonialismo 153
Maria Paula Dallari Bucci

A crise dos controles da administração pública na crise brasileira: reflexões sobre controle interno, judicialização e compliance estatal 171
Thiago Marrara

Estado de calamidade financeira e responsabilidade fiscal 185
Juliano Quireza Pereira

PARTE III

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO PRIVADO 207

Arbitragem em tempos de crise: situações de impecuniosidade e financiamento de terceiros 209
Flavia Foz Mange
Marcela Kolhbach de Faria

Do favor debitoris das fontes romanas à justiça contratual no direito contemporâneo 231
Kelly Cristina Canela

PARTE IV

A CRISE BRASILEIRA, OS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO AMBIENTAL 247

O trabalho em tempos de crise: desafios e retrocessos impostos pela reforma trabalhista brasileira 249
Victor Hugo de Almeida

Direito econômico e direito do trabalho: crise brasileira, terceirização e uma relação de equilíbrio dos direitos humanos fundamentais 275

Túlio Augusto Tayano Afonso

Livre comércio e comércio justo: as cadeias de produção globais e os desafios da promoção do trabalho decente em nível internacional e no Brasil 295

Eliana dos Santos Alves Nogueira

Violência contra a pessoa idosa em percepções de moradores Mooca (São Paulo): reflexões jurídicas e gerontológicas em tempos de crise 311

Bibiana Graeff Chagas Pinto Fabre

Luiza Perez Schrempp

Maria Luisa Trindade Bestetti

Marisa Acioly R C Domingues

Incoerências das recentes políticas públicas de meio ambiente brasileiras: a insustentabilidade do desenvolvimento projetado por legislativo em crise crônica 335

Rafael Diniz Pucci

PARTE V

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO INTERNACIONAL 345

Narrativas críticas do direito internacional como espaço para repensar a exclusão 347

Arthur Roberto Giannastasio Capella

Fabio Costa Morosini

Michelle Ratton Sanchez Badin

INTRODUÇÃO

ASPECTOS JURÍDICOS DA CRISE BRASILEIRA – POR UMA AGENDA DE PESQUISA SOBRE OS GRANDES DESAFIOS NACIONAIS

Ana Gabriela Mendes Braga*

Daniel Damasio Borges**

*“Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,
não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da janela,
não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,
não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.
O tempo é a minha matéria, do tempo presente,
os homens presentes, a vida presente”.*

“Mãos Dadas”, poema da obra “Sentimento do Mundo” de Carlos Drummond de Andrade¹

Tornou-se um lugar comum afirmar-se que o Brasil atravessa uma grave crise. Deveras, as grandes dificuldades que o Brasil enfrenta apresentam múltiplas facetas: crise do sistema político, haja vista a falta de representatividade dos partidos políticos e a influência do poder econômico e da corrupção no processo eleitoral; crise econômica, tendo em vista a pior recessão da história brasileira; crise dos direitos sociais, porquanto as conquistas sociais da Constituição de 1988 têm sido postas em causa; crise do mercado de trabalho, já que o desemprego está muito alto e as condições de trabalho têm se tornado mais precárias; crise financeira do Estado brasileiro, em razão do crescimento galopante da dívida pública brasileira a ponto de pôr

* Professor Adjunto da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – campus de Franca.

** Professora Assistente Doutora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – campus de Franca.

¹ ANDRADE, Carlos Drummond. *Sentimento do mundo*. São Paulo, 2016, Companhia das Letras, 2016, p. 53.

em causa a solvência do poder público; e crise penal-penitenciária, eis que os índices de criminalidade no Brasil permanecem muito alto e as prisões continuam superlotadas.

Perante esse quadro, não se pode negligenciar os aspectos jurídicos da grave crise brasileira. São normas e instituições jurídicas que ajudaram a conformar a realidade brasileira, tal como ela se apresenta hoje. Daí a pertinência de uma obra que reúna análises críticas e reflexivas sobre as normas jurídicas nacionais, relacionando-as com as dificuldades pelas quais o Brasil passa.

Este livro procura reunir, assim, estudos que tenham a preocupação de analisar criticamente o direito e o sistema de justiça brasileiro atual, apontando as suas disfunções e debilidades. Esse tipo de reflexão nos parece particularmente oportuno no momento atual. Se o contexto brasileiro hoje é fonte de perplexidades e de apreensões, ele é, também, propício a mudanças e aperfeiçoamentos. São nos momentos de crise em que se quebram paradigmas, em que a necessidade de revisão de normas e métodos de interpretação se torna mais premente. E são nesses momentos que os pesquisadores e pesquisadoras do campo jurídico devem tomar a palavra para expor, com rigor técnico e metodológico, as (dis) funcionalidades do sistema jurídico atual.

Este livro insere-se no quadro dessas preocupações, ao reunir trabalhos com diferentes perspectivas metodológicas e posições políticas. À guisa de introdução a esse debate, cabe-nos realçar, de início, a dimensão jurídico-institucional dos problemas brasileiros (*Parte I*). Na sequência, convém fazer breve menção especificamente a alguns desses problemas que nos parecem mais prementes no momento atual (*Parte I*).

1. Os grandes problemas nacionais e a sua dimensão jurídico-institucional

Em sua obra de referência, Montesquieu chama-nos a atenção para a importância da construção de instituições que protejam e realizem o bem-estar geral da população. Segundo ele, malgrado o amor dos homens pela liberdade e a sua raiva contra a violência, a maioria dos povos estão submetidos a essa última. Tal contraste, prossegue Montesquieu, é fácil de ser compreendido. Para se formar um governo moderado, observa Montesquieu, é preciso combinar os poderes, discipliná-los, temperá-los, colocá-los um

como o lastro do outro. Tal edifício complexo, conclui o pensador francês, é obra dos legisladores, a qual não resulta do acaso. Em oposição ao refinamento das instituições de um governo moderado, prossegue Montesquieu, a tirania é uniforme, sendo as paixões humanas suficientes para estabelecê-la.²

Transpostas as observações de Montesquieu para o contexto brasileiro atual, parece-nos claro que as instituições brasileiras não desempenharam as funções de modo adequado. Sem prejuízo das responsabilidades individuais que recaem sobre determinadas figuras públicas pela crise brasileira atual, não é difícil identificar as disfunções das instituições brasileiras e, logo, pensar outras funcionalidades para as mesmas.

Os erros administrativos e econômicos que nos conduziram à difícil situação em que nós nos encontramos não são exclusivamente resultados de tal ou qual indivíduo que esteve no exercício de elevadas funções públicas. Mais do que isso, eles revelam as deficiências das normas e instituições brasileiras em impedir e frear os desatinos e irresponsabilidades dos detentores do poder. A título ilustrativo, pode-se citar o sistema eleitoral brasileiro atual, no qual prevalece o distanciamento entre a classe política brasileira e o eleitorado, de tal sorte que a população não se vê representada pelos atuais partidos políticos. Os mecanismos de controle da gestão pública tampouco se revelaram eficientes, pois não impediram que as empresas públicas e sociedade de economia mista fizessem investimentos temerários marcados pela corrupção e que as finanças públicas se deteriorassem rapidamente. Nesse sentido, é fundamental a construção de instituições que freiem e impeçam o passo diante do abismo.³

² “Après tout ce que nous venons de dire, il semblerait que la nature humaine se soulèverait sans cesse contre le gouvernement despotique. Mais, malgré l’amour des hommes pour la liberté, malgré leur haine contre la violence, la plupart des peuples y sont soumis. Cela est aisé à comprendre. Pour former un gouvernement, modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir ; donner, pour ainsi dire, un lest à l’une, pour la mettre en état de résister à un autre ; c’est un chef-d’œuvre de législation, que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence. Un gouvernement despotique, au contraire, saute, pour ainsi dire, aux yeux ; il est uniforme partout : comme il ne faut que des passions pour l’établir, tout le monde est bon pour cela”. Montesquieu, “De L’Esprit des Lois”. In: Montesquieu. *Œuvres complètes*. Paris, Éditions du Seuil, 1964, pp. 552-553.

³ Em sua análise sobre o funcionamento do Tribunal de Contas no Brasil, João Villaverde e Marco Antônio Carvalho criticam as regras que determinam a sua composição. Tais regras estariam na origem das falhas dos Tribunais de Contas em exercer uma fiscalização

Essas críticas às instituições brasileiras não são recentes e constituem um dos temas de um clássico da historiografia nacional: “Os donos do poder”, de Raymundo Faoro. Nesse livro, Faoro identifica o divórcio entre o Estado e a nação, entre o governo e o povo.⁴ Conforme se depreende da obra de Faoro, o Estado surgiu no Brasil antes da sociedade. Com efeito, durante o Brasil colônia, transplantou-se para o Brasil o arcabouço político e administrativo da metrópole, sem que esse último encontrasse um contrapeso em uma população politizada e capaz de se organizar na defesa de seus interesses perante o Estado.⁵ Daí a apropriação do Estado pelo estamento burocrático, formado pelos dirigentes políticos, pela alta burocracia e pela sua clientela. Os “donos do poder”, a que se

efetiva do uso dos recursos públicos e da situação financeira do Estado. “Como que as Cortes de Contas permitiram que três Estados da federação (Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) chegassem ao ponto de falência técnica atingido em 2016 e 2017?”. Com efeito, conforme afirmam Villaverde e Carvalho, os Tribunais de Contas dos respectivos Estados deram anualmente pareceres favoráveis à aprovação das contas apresentadas pelo Poder Executivo, ao passo que os sinais de grave deterioração das finanças estaduais já eram evidentes. Villaverde, João e Carvalho, Marco Antônio. “O dilema do controle sobre os controladores”. In: *Revista do Ministério Público do Tribunal de Contas do Paraná*, n. 7, 2017, p. 44.

⁴ É particularmente significativa a seguinte passagem da obra clássica de Faoro: “Estado e nação, governo e povo, dissociados e em velado antagonismo, marcham em trilhas próprias, num equívoco renovado todos os séculos, em contínua e ardente procura recíproca”. Faoro, Raymundo. *Os donos do poder – Formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro, Editora Globo, 2001, p. 114. Em uma significativa passagem da conclusão do livro, Faoro afirma: “A nação e o Estado, nessa dissonância de ecos profundos, cindem-se em realidades diversas, estranhas, opostas, que mutuamente se desconhecem. Duas categorias justapostas convivem, uma cultivada e letrada, outra, primária, entregue aos deuses primitivos, entre os quais, vez ou outra, se encarna o bom príncipe. Onde a mobilização de ideais manipulados não consegue manter o domínio, a repressão toma o seu lugar, alternando o incentivo à compressão”. *Ibid.*, p. 832.

⁵ “O Brasil começou a existir, politicamente, quando Tomé de Sousa, nomeado governador-geral destas terras por D. João III, o Povoador, desembarcou na Bahia em 1549, trazendo o seu famoso Regimento de Governo, que foi, de fato, a primeira Constituição de nosso país. O Governador-Geral veio flanqueado por um Ministro da Justiça (o Ouvidor-Mor), um Ministro da Fazenda (o Provedor-Mor), um poder espiritual, representado pelo clero, além de se apoiar, obviamente, na soldadesca. Nesse conjunto, faltou apenas um pormenor: não havia povo. A população indígena não podia ser considerada como tal: era um elemento estrangeiro em suas próprias terras, e que competia manter submisso, ou, pelo menos, afastado quando representasse perigo. Nem se podia ainda incluir no conceito jurídico de povo, no sentido político do termo, o contingente de escravos e degredados, que para cá só vieram, em número apreciável, nos anos seguintes.

Sob esse aspecto, o Brasil representa, de fato, um exemplo conspícuo de país, em que a nação foi criada pelo Estado”. Comparato, Fábio Konder. “Raymundo Faoro historiador”. In: *Estudos avançados*, vol. 17, n. 48, maio/agosto 2003, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000200024>.

referia Faoro, utilizavam-se do Estado em benefício próprio e não para o bem-estar da população. Em um outro registro, Machado de Assis fala, em uma conhecida crônica, do divórcio entre o Brasil oficial e o Brasil real.⁶

É esse divórcio que conduziu Anna Maria Campos a identificar a ausência na língua portuguesa de uma expressão de grande importância em inglês: “accountability”. Mais do que simplesmente uma questão linguística, Campos refere-se a algo conceitual de nossa cultura política: a falta de enlace entre os cidadãos e o Estado. De tal sorte que não se impõe, aos ocupantes de cargos políticos e aos altos funcionários do Estado, a obrigação de prestar contas, de apresentar justificativas baseadas no interesse público para as suas escolhas e de responder pelos seus atos.⁷

Essa característica do Estado brasileiro tem repercussões para muito além da organização política. Em sua análise sobre a economia brasileira do Segundo Reinado, Faoro salienta a importância da rede de créditos controlada ou orientada de Estado, a ponto de a capacidade empresarial estar reduzida à capacidade de obter financiamentos oficiais. Assim, o estamento que controla o Estado exerce papel determinante na economia, distribuindo estímulos e favores – tais como créditos subsidiados, desonerações tributárias e reservas de mercado.⁸ Para o sucesso econômico de

⁶ A crônica, a propósito, versa sobre um assunto de grande atualidade no Brasil de hoje: a questão orçamentária. Em verdade, o fato a partir do qual a crônica é construída é a abertura de um crédito suplementar ao Ministério da Fazenda em 1861. Machado de Assis indaga com ironia: “É coisa de admirar que o governo brasileiro abra créditos extraordinários?”. Ademais, acrescenta Machado: “De um ato do nosso governo só a China poderá tirar lição. Não é desprezo pelo que é nosso não é desdém pelo meu país. O país real, esse é bom, revela os melhores instintos; mas o país oficial, esse é caricato e burlesco. A sátira de Swift nas suas engenhosas viagens cabe-nos perfeitamente”. Assis, Machado de. “29 de dezembro de 1861. Créditos extraordinários – Scoevola – O Sr. Penna em missão – Cinna – O ano novo”. In: Assis, Machado de. *Comentários da Semana*. Disponível em <http://machado.mec.gov.br/obra-completa-lista/itemlist/category/26-cronica>.

⁷ Campos, Anna Maria. “Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?”. In: *Revista de Administração Pública*, v. 24, n. 2, 1990, pp. 30-50.

⁸ “A cúpula industrial só no final da década de 20 consegue criar seus grupos de pressão, embora se deva recordar que, no mundo paulista, agora líder do movimento industrial, maior fosse sua expressão econômica. Ainda depois de cinquenta anos, esse setor, que se tornará o setor dinâmico e condutor da economia, será um prolongamento do oficialismo, pregando a iniciativa privada protegida, modalidade brasileira do liberalismo econômico. Mostra-se, por isso, inapto a organizar uma sociedade, num quadro pluralista, com focos de poder sem que derivem do Estado. O setor se casa e prolifera no patrimonialismo, no qual um grupo estamental incumbirá de distribuir estímulos e favores, com amor místico,

uma empresa privada, o acesso privilegiado aos detentores do poder conta mais, com frequência, que a eficiência da organização empresarial.⁹

Nos últimos anos, é verdade, foram feitos importantes avanços para quebrar essa imunidade do Estado ao controle da sociedade civil.¹⁰ Em um regime político autoritário – tal como o vivido pelo Brasil durante a ditadura militar –, dificulta-se enormemente a organização dos cidadãos para controlarem o Estado. De fato, sem as liberdades de informação, de associação, de manifestação e eleições livres e democráticas, não é possível a ação conjunta de indivíduos para exigir do Estado o cumprimento de sua função de zelar pelo bem público. O restabelecimento das liberdades democráticas no Brasil, pela Constituição de 1988, foi, por si só, uma alavanca para o desenvolvimento de uma esfera pública que formule reivindicações e cobranças junto ao Estado.¹¹

No mesmo sentido, aperfeiçoaram-se mecanismos jurídicos de fiscalização da sociedade civil sobre o exercício do poder do Estado, para se verificar se ele foi usado em proveito do bem comum. Essa fiscalização “que nasce de fora para dentro do Estado”¹² está presente, por exemplo, na circunstância de qualquer cidadão ser parte legítima para propor ação popular,¹³ para

um dia, ao planejamento global da economia. Sobretudo, como nos dias do Segundo Reinado, a rede creditícia estará nas mãos ou orientada pelo aparelhamento estatal, reduzindo, em termos caricaturais mas não falsos, a capacidade empresarial na capacidade de obter financiamentos”. Faoro, Raimundo, *op. cit.*, p. 757.

⁹ Atualmente, essas medidas de estímulo oficial às empresas são disciplinadas, em âmbito internacional, pelos tratados da Organização Mundial do Comércio. V. Borges, Daniel Damasio. “Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC”. In: *Revista Direito GV*, 2017, vol. 13, n. 2, pp. 428-456.

¹⁰ Sobre o tema, v. Pinho, José Antonio Gomes e Sacramento, Ana Rita Silva. “Accountability: já podemos traduzi-la para o português?”. In: *Revista de Administração Pública*, vol. 43, n. 6, nov.dec. 2009, pp. 1343-1368.

¹¹ V. sobre o assunto: Smulovitz, Catalina e Peruzzotti, Enrique. “Societal Accountability in Latin America”. In: *Journal of Democracy*, vol. 11, 2000, pp. 147-158.

¹² “Pois bem, a fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado é, naturalmente, a exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil. A ela é que se aplica a expressão ‘controle popular’ ou ‘controle social do poder’, para evidenciar o fato de que a população tem satisfações a tomar daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo que é de todos”. Britto, Carlos Ayres. “Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’”. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 189, 1992, p. 115.

¹³ Segundo o art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e

questionar a legitimidade das contas municipais¹⁴ e para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.¹⁵ Conforme afirma Ayres Brito, nessas diferentes modalidades de controle social, o Estado é obrigado a ‘baixar a crista’: os direitos subjetivos dos cidadãos falam mais alto que o poder estatal.¹⁶

Em que pesem esses avanços, é forçoso reconhecer que a crise política-institucional e econômica atual demonstrou a sua insuficiência. Como se disse, foram as normas vigentes de direito público brasileiro que permitiram que o patrimônio público fosse apropriado pelo estamento estatal e sua clientela, a que Raymundo Faoro fazia alusão. Foram essas normas que possibilitaram que a coisa pública fosse mal gerida, a ponto de causar uma terrível recessão econômica e engendrar retrocessos no combate à pobreza e nas desigualdades sociais.

Portanto, a tradição patrimonialista do Estado brasileiro mostrou a sua força, resistindo aos avanços do direito público brasileiro, representados sobretudo pela Constituição de 1988. Não é de surpreender que a obra de Faoro tenha sido atualmente tão invocada e discutida,¹⁷ pois ela revela fatores permanentes de nossa história de difícil superação. Este é apenas um dos grandes desafios nacionais a merecer atenção dos pesquisadores e pesquisadoras do campo jurídico, conforme se verá a seguir.

ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”;

¹⁴ É o que preceitua o § 3º do art. 31 da Constituição Federal de 1988: “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. (...) § 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

¹⁵ É o que dispõe o § 2º do art. 74 da Constituição Federal de 1988: “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (...) § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

¹⁶ Britto, Carlos Ayres, *op. cit.*, p. 117.

¹⁷ V. o artigo da professora Maria Paula Dallari Bucci nesta coletânea.

2. Alguns temas importantes – a crise brasileira e a sua resposta jurídica

A Constituição de 1988 não procurou apenas pôr fim ao insulamento do Estado perante a sociedade civil. Ela foi além: criou as bases institucionais de um Estado social à brasileira, ao estipular no título consagrado aos direitos e garantias fundamentais um extenso rol de direitos sociais que visam a assegurar aos brasileiros condições materiais de vida minimamente decentes.

Assim, o artigo 6º prevê, *inter alia*, os direitos sociais à educação, à saúde, à previdência social e à moradia. Impõe-se, assim, ao Estado brasileiro a obrigação de adotar políticas públicas em prol da satisfação das necessidades básicas dos cidadãos. O artigo 7º, por sua vez, estabelece os direitos a serem assegurados aos trabalhadores, a exemplo do salário mínimo, da limitação da jornada de trabalho e da diminuição dos riscos de doenças ocupacionais e dos acidentes de trabalho. Incumbe, portanto, ao Estado intervir nas relações entre empregado e empregadores, com vistas a garantir que as relações de emprego sejam pautadas pelo respeito a esses direitos.¹⁸

Nas últimas décadas, alguns progressos foram realizados no sentido da concretização desses direitos, como a universalização do ensino fundamental e a criação do SUS (Sistema Único de Saúde). Todavia, a crise financeira do Estado brasileiro – o aumento constante de despesas públicas que não é acompanhado pelo acréscimo de receitas – tem colocado em causa a sua capacidade em dar respostas efetivas a essas demandas sociais.

Em particular, a Emenda Constitucional n. 95 de 15 de dezembro de 2016 – conhecida como emenda do teto de gastos públicos – merece especial destaque. Ela institui o chamado Novo Regime Fiscal, segundo o qual as despesas primárias da União não poderão superar a variação da inflação durante o período de vinte anos. Ademais, em relação aos gastos mínimos com saúde e educação, a Emenda Constitucional prevê apenas que esses valores serão corrigidos pela inflação, sem qualquer aumento real ao longo

¹⁸ Sobre a noção de Estado social, v. Supiot, Alain (sous la direction de). *Au-delà de l'emploi*. Paris, Fammation, 2016, pp. 187-188.

dos próximos vinte anos.¹⁹

Tal limitação dos gastos públicos traz duas importantes consequências. Em primeiro lugar, políticas sociais requerem recursos públicos substanciais na construção e no funcionamento de hospitais, creches, escolas e universidades. Se, no Estado liberal, os gastos públicos são modestos, destinando-se essencialmente ao aparato policial e militar do Estado para a manutenção da ordem pública e da defesa nacional; no Estado social, os investimentos públicos expandam-se consideravelmente para fazer face à “questão social”.²⁰ A Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos restringe, portanto, o acréscimo de gastos públicos inerente ao modelo de Estado adotado pela Constituição de 1998.

Além disso, a Constituição de 1988 fixou um percentual mínimo dos orçamentos da União, de Estados e municípios, a ser destinado à manutenção e ao desenvolvimento da rede de ensino.²¹ No campo social, essa disposição foi completada pela Emenda Constitucional n. 29 de 13 de setembro de 2000. Tal como na educação, a referida emenda reservou às ações e aos serviços públicos de saúde um piso de participação no orçamento federal, estadual e municipal.²² Por conseguinte, quanto maior forem os recursos públicos, mais substanciais são os recursos à educação e à saúde. A Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos quebra justamente essa norma de proporcionalidade, ao prever que os gastos mínimos com educação e saúde serão apenas corrigidos pela

¹⁹ “Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

²⁰ Sobre essas diferentes concepções de Estado e suas repercussões sobre a política fiscal, v. Baleeiro, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, pp. 24-27.

²¹ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. § 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213”.

²² V. o art. 198 da Constituição Federal.

inflação, independentemente dos eventuais acréscimos das receitas públicas.

Não se quer aqui menosprezar a crise financeira do Estado brasileiro: as despesas públicas são hoje muito superiores às receitas, de modo que o Estado tem se endividado enormemente e de modo insustentável para cobrir esse rombo. O que nos parece criticável é o modo eleito pela Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos para fazer face a esse grave problema nacional.

Em primeiro lugar, não se discute a contribuição que uma reforma tributária poderia dar ao ajuste fiscal. Predominou a visão de que o hiato entre despesas e receitas públicas seria exclusivamente solucionado pelo decréscimo de despesas. Ignoraram-se, por completo, os efeitos perniciosos de um sistema tributário que concede substanciais desonerações tributárias a setores econômicos influentes e que não tributa substancialmente nem a renda e nem o patrimônio. Ademais, a Emenda Constitucional em apreço tem a finalidade exclusiva de limitar os gastos públicos em seu conjunto, sem se preocupar com a divisão de tal teto entre as diferentes rubricas do orçamento público e com a manutenção de um patamar de gastos em saúde e educação que lhe seja proporcional.

Os gastos mínimos em saúde e educação asseguram uma função primordial: assegurar uma fonte estável e progressiva para as áreas da saúde e da educação. Os beneficiários dos serviços públicos de saúde e de educação são numerosos e dispersos. Assim, eles não têm o poder de articulação e de pressão de empresários e da alta burocracia pública que sempre conseguem abocanhar recursos significativos em desonerações tributárias e subsídios e em vantagens salariais muito acima da média do funcionalismo. Conforme afirma Aliomar Baleeiro, a escolha do objeto da despesa pública é um ato político.²³ Por conseguinte, são favorecidos aqueles grupos sociais que têm acesso privilegiado ao poder, em detrimento do conjunto da população que depende dos serviços públicos para ter uma vida digna.

Daí a importância da fixação de gastos públicos mínimos em educação e saúde: salvaguardar esses setores da margem de discricionariedade orçamentária, a qual tende a ser usada em seu detrimento. De tal sorte que a prioridade em saúde e educação se

²³ Baleeiro, Aliomar, *op. cit.*, p. 70.

torna uma política de Estado, inscrita constitucionalmente, a qual perdurará independentemente das contingências políticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Para além do problema financeiro que inquestionavelmente deverá ser equacionada para preservar a solvabilidade do Estado brasileiro, um problema político coloca-se com maior acuidade: quais setores da sociedade brasileira deverão arcar com o maior ônus nesse ajuste, ao ter os seus impostos acrescidos ou a sua dotação orçamentária diminuída.

A natureza política do problema tem duas dimensões. A primeira diz respeito ao jogo do poder subjacente à definição orçamento e das normas tributárias: quais grupos da sociedade terão maior força política para se eximirem do esforço coletivo do ajuste. A segunda refere-se à filosofia política: concepções sobre justiça social irão exercer influência sobre essa repartição de sacrifícios?²⁴

A esse respeito, convém lembrar as obrigações internacionais que o Brasil obrigou-se a cumprir, especialmente o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

O artigo 2º, parágrafo 1º do PIDESC estatui que “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. De um lado, tal parágrafo reconhece a estreita relação entre recursos financeiros e a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sob esse aspecto, esse parágrafo é bastante realista: não é possível um Estado com poucos recursos financeiros realizar, de imediato, os direitos econômicos, sociais e culturais. De outro lado, a expressão “até o máximo de seus recursos disponíveis” bem demonstra que as dificuldades financeiras do Estado não podem tornar-se um alibi para a ausência de políticas sociais. As observações do Comitê de

²⁴ Sobre a dimensão política tanto do orçamento quanto da tributação, v. Baleeiro, Aliomar, *op. cit.*, pp. 395-396.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁵ vão precisamente nessa direção. Segundo o CDESC, mesmo quando os Estados sofrem dificuldades econômicas, eles devem adotar ações sociais que impliquem recursos orçamentários visando a atenuar as consequências dessas dificuldades para a parte mais vulnerável da população. O CDESC sublinhou que, em situações de dificuldades econômicas, as obrigações do PIDESC revestem-se de uma importância prática ainda maior.²⁶ Com efeito, em essas situações, a ação do Estado é ainda mais importante, porque as classes sociais menos favorecidas sofrem mais, ao terem menos recursos financeiros para fazer face ao desemprego.

Assim, por força das obrigações internacionais do PIDESC, o orçamento público dedicado ao atendimento das necessidades das classes menos favorecidas deve ser preservado, devendo o corte das despesas públicas ser concentrado em outras rubricas orçamentárias. São justamente em momentos de crise que se deve manter o sentido do que é prioritário e urgente.

A recorrente questão sobre as prioridades do orçamento público é apenas uma das questões jurídicas importantes no cenário brasileiro atual. Os colaboradores deste livro, atendendo gentilmente ao pedido dos organizadores, refletiram, também, criticamente sobre outros temas, na mesma perspectiva da análise dos problemas brasileiros sob uma perspectiva institucional.

Os professores José Carlos de Oliveira e Maria J. Galleno S. Oliveira analisam as modificações do papel do Estado em um contexto econômico marcado pelo neoliberalismo. O professor Adriano Ferreira, por sua vez, enfoca a crise econômica brasileira à luz da crítica ao sistema capitalista.

Em uma abordagem mais política, o professor Murilo Gaspardo e Yasmin Commar Curia discutem os aspectos jurídicos

²⁵ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) é o órgão do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas que fiscaliza o cumprimento da execução das obrigações do PIDESC. No quadro do exercício de suas funções, o CDESC publica a sua interpretação das disposições do PIDESC sob a forma de observações ou comentários gerais. Essas observações não são vinculantes, mas constituem um ponto de referência importante para a aplicação e a interpretação do PIDESC. V. SODINI, Raphaël, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, Montchrestien, 2000 ; CRAVEN, Matthew C.R., *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: a Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

²⁶ *Observation générale n. 3 (1990)*. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, § 12.

do impeachment da ex-presidente Dilma Rossef, abordando as polêmicas em torno de sua legitimidade. O professor Luiz Gustavo Bambini de Assis problematiza a frequente afirmação de que as instituições brasileiras estariam funcionando normalmente, apontando as suas debilidades no desenlace da crise atual. O professor Hércio Ribeiro analisa o protagonismo que o Poder Judiciário tem assumido nos últimos anos, apontando possíveis abusos.

A professora Maria Paula Dallari Bucci traz-nos uma instigante reflexão sobre o pensamento de Raymundo Faoro, apontando a sua atualidade e as críticas que possam lhe ser formuladas.

Em matéria de direito administrativo, o professor Thiago Marrara nos demonstra as falhas dos controles sobre a administração pública, o que é fonte de muitos dos abusos que têm sido noticiados recentemente. O professor Juliano Quireza Pereira, por sua vez, trata da grave crise financeira e orçamentária do Estado brasileiro e da importância da responsabilidade fiscal.

No âmbito dos mecanismos de solução de controvérsias de natureza privada, as professoras Flávia Foz Mange e Marcela Kolhbach de Faria expõem as repercussões da crise brasileira sobre a arbitragem – a qual tem sido, aliás, cada vez mais utilizada para dirimir conflitos de natureza privada. Ainda no campo das relações privadas, a professora Kelly Cristina Canella fala de um tema muito importante em um contexto econômico em que as famílias e empresas estão muito endividadas: a proteção do devedor hipossuficiente e de boa-fé.

Acerca dos direitos sociais, o professor Victor Hugo Almeida fala sobre os desafios e retrocessos da recente reforma trabalhista. O professor Túlio Augusto Tayano Afonso enfoca mais especificamente a questão da terceirização, relacionando-a com o direito econômico e com o direito do trabalho. A professora Eliana dos Santos Alves Nogueira situa o tema do trabalho no quadro da economia mundializada atual, tendo por especial interesse as cadeias de produção globais.

No tocante às políticas públicas sobre os idosos – um componente cada vez mais numeroso da população brasileira –, as professoras Bibiana Graeff, Maria Luisa Trindade Bestetti, Marisa Accioly R. C. Domingues e Luiza Schrempp falam sobre a questão da violência contra esse segmento da população brasileira.

No que diz respeito às políticas ambientais, Rafael Pucci revela as incoerências da legislação brasileira, sobretudo no que concerne aos seus mecanismos de efetivação. E, por fim, Arthur Roberto Capella Giannattasio, Fabio Costa Morosini e Michelle Rattton Sanchez Badin propõem uma leitura inovadora do direito, de um modo geral, e do direito internacional, de modo particular, baseada na ideia da exclusão.

Este livro traz, assim, um amplo painel sobre os problemas brasileiros atuais sob o aspecto jurídico. Não nos afigura que os pesquisadores e pesquisadoras do campo jurídico sejam portadores de soluções *deus ex machina*, respostas que aparecem repentinamente de modo a resolver inesperadamente questões que pareciam ser insolúveis. Mas não há dúvidas que, pelo seu conhecimento das instituições e de suas regras, eles podem apontar caminhos e orientar escolhas na reconstrução das instituições brasileiras. É a este desafio que o livro procura responder, contribuindo, assim, para um debate mais qualificado sobre o direito no Brasil.

PARTE I

**A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO
ECONÔMICO**

A MUDANÇA DO PAPEL DO ESTADO: REFLEXÕES ACERCA DO LIBERALISMO E DO NEOLIBERALISMO NAS TRANSFORMAÇÕES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO ESTADO

José Carlos de Oliveira*

Maria J. Galleno de S. Oliveira**

“El liberalismo económico fue incapaz de leer la historia de la Revolución industrial, porque se obstinó en juzgar los acontecimientos sociales desde una perspectiva económica.” (POLANYI, Karl. “Satanic mill”, o la fabrica del diablo. In: *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*)

Sumário: Introdução. 1. O nascimento do Estado Moderno e a formação do liberalismo. 2. O Declínio da civilização liberal e a transformação das massas. 3. O Desenvolvimento do Estado intervencionista e a nova concepção social da *Welfare State*. 4. O período entre guerras e a grande depressão dos anos 30: o desmoronamento da economia mundial capitalista. 5. Globalização, neoliberalismo e a mudança do papel do Estado no mundo contemporâneo. 5.1. As perspectivas do capital financeiro e a globalização. 5.2. O neoliberalismo e a ampliação do capitalismo na contemporaneidade. 6. Perspectivas do futuro da sociedade nos Estado pós-neoliberalismo. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente estudo visa a analisar a influência do liberalismo e a teoria neoliberal nas transformações políticas, sociais e econômicas do Estado desde a formação do Estado moderno até os tempos atuais. O objeto de estudo é o Estado e suas transformações desde o século XIX até a atualidade, e tem por principal objetivo demonstrar o papel do Estado e as diversas políticas públicas desenvolvidas para manter a estrutura capitalista. A pesquisa é eminentemente baseada na investigação bibliográfica, e do tipo descritiva, com uso do método dedutivo. O referencial teórico baseia-se nos conceitos desenvolvidos por Adam Smith, Stuart Mill, Karl Marx, Eric Hobsbawn, Polanyi, Bendix, Castell e

* Professor Assistente Doutor da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP – campus de Franca.

** Doutora em sociologia pela Unesp/Araraquara. Coordenadora da Comissão Especial de Estudos de Governança e Gestão de Proteção e Defesa Civil da 12ª Sub-Seção OAB – Ribeirão Preto.

Boaventura, para demonstrar as diversas fases pelas quais o Estado atravessou e transmutou-se até os tempos atuais.

1. O nascimento do Estado Moderno e a formação do liberalismo

O Estado Moderno nasceu absolutista, e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca eram considerados defeitos e virtudes do próprio Estado por haver a identificação da pessoa física do monarca com a pessoa estatal, já que o poder de ação do primeiro sobre o segundo e sobre os súditos era praticamente ilimitado.

O Poder Público era visto, com razão, como inimigo da liberdade individual, e qualquer restrição da individualidade em favor da coletividade era tida como ilegítima, sendo esta a raiz individualista do Estado liberal, que é fruto das lutas políticas da média e pequena burguesia com a colaboração popular. Portanto, o *liberalismo* foi a principal ideologia da burguesia, porém não foi a única. E, como toda ideologia dominante, pretendeu-se universal, para que pudesse legitimar-se universalmente e assim ter diminuída sua contestação.

A burguesia, antes dominada, tornou-se classe dominante, e formulou os princípios filosóficos que guiaram sua revolução social, utilizando ideais comuns a todos os componentes sociais. E, enquanto classe ascendente, preconizava a intervenção mínima do Estado – identificado com o monarca – de modo que não tivessem seus negócios abalados por outros interesses, dando impulso para que os teóricos liberais da época evocassem a liberdade contratual dos indivíduos - fundamental ao comércio e à burguesia, e outros direitos “naturais” a toda humanidade, tais como: a abolição de penas infamantes transmissíveis hereditariamente, a utilização de tortura e o respeito ao direito à propriedade. No campo jurídico, a defesa dos direitos de propriedade e liberdade tornou-se base para a organização da sociedade opor-se ao poder absoluto do *establishment* e visavam a impedir qualquer interferência do Estado que pudesse limitar a manutenção e o uso dos bens, ou restringir, de alguma maneira, os termos dos contratos, o que contribuiu para o estabelecimento do embrião dos direitos de cidadania, expressão da democracia do Estado moderno.

No campo econômico, a obra de Adam Smith, que ficou

conhecida como “A Riqueza das Nações”, vinha ao encontro dos anseios burgueses ao considerar que cada indivíduo é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de agir segundo o que lhe seja conveniente, já que isto, além de produzir o melhor resultado para o indivíduo, produziria o melhor para a sociedade, pois sem intervenção as coisas se resolveriam naturalmente, seguiriam uma ordem natural guiadas pela “mão invisível” do mercado.

Sob o ponto de vista político, o estado liberal defende a instituição do Estado subordinado ao *Direito* e à *legalidade*, a separação dos poderes do Estado, e afirma que a base da soberania é a vontade da nação – *Soberania Nacional*. Politicamente o liberalismo se afirmaria como doutrina durante o século XIX, sobretudo a partir de 1859, com a publicação do livro *Da Liberdade* de Stuart Mill, na qual ele expõe algumas objeções à interferência do governo.

Para os ideólogos do liberalismo, o Estado – instituição política por excelência – deve ser regulado, vigiado e limitado, cumprindo somente as funções essenciais à manutenção da ordem pública. Por outro lado, o mercado deve ser impassível de qualquer controle e livre para decidir sobre o funcionamento da atividade econômica, elemento essencial para o desenvolvimento do capitalismo nascente.

Um dos argumentos utilizados pelos teóricos da construção do Estado liberal, com base na *doutrina econômica neoclássica* (final do século XIX e início do XX), que aplicava métodos matemáticos à economia, era de que o mercado, livre de controle externo (do Estado), seria suficiente, equilibrado e completo por si só de se autorregular e proporcionaria a maximização das vantagens individuais e das vantagens comparativas no nível dos países, o que proporcionaria uma concorrência livre e perfeita, com todos os agentes econômicos, tendo informação suficiente e comportamentos racionais e previsíveis.

Do ponto de vista positivo, não podemos negar que o Estado liberal, inicialmente, foi benéfico para a sociedade, tendo em conta que propiciou, entre outros fatores: a ocorrência do progresso econômico acentuado, o que deu as condições necessárias para a revolução industrial; a valorização do indivíduo, com o despertar para a importância da liberdade humana e a criação de um conjunto de direitos que protegessem diretamente o indivíduo, mesmo que seja somente no aspecto formal; o desenvolvimento das técnicas de

poder, com a substituição do poder pessoal pelo poder pessoal e o compromisso de um governo que se submetesse à lei e ao direito, o que deu origem ao governo constitucional; a instituição do sufrágio e do exercício do poder por meio de representantes da Nação; a laicização do Estado. E, finalmente, conforme o pensamento de Marx, na obra *O Manifesto Comunista*, o liberalismo criou as condições ideais para sua própria superação.

Entretanto, do ponto de vista negativo, o desenvolvimento do capitalismo e sua livre atuação no campo econômico, sem a intervenção estatal, deu origem a graves problemas econômicos, sociais e políticos, tais como: o surgimento de monopólios, as crises cíclicas na economia, o aumento do conflito entre capital e trabalho, e a incapacidade de o mercado autorregular-se. Além disso, outro grave e sério problema que se originou, a partir do liberalismo, foi a formação do proletariado, pois o trabalhador, desenraizado dos campos, migrou para os grandes centros industriais, dando origem à formação de grandes conglomerados humanos. Este trabalhador formava um excedente de oferta de mão de obra e estimulava o empresário capitalista na manutenção de péssimas condições de trabalho e de ínfimas remunerações.

Este conjunto de fatores agravou sobremaneira toda a estrutura do Estado, o que estimulou a formação dos movimentos socialistas no século XIX e do intervencionismo do Estado na economia e na sociedade durante as primeiras décadas do século XX, colocando em colapso os valores e as instituições do projeto de uma civilização liberal. A burguesia que despontara para a vida política como força revolucionária, tornara-se conservadora e não admitia que o Estado interviesse para alterar a situação estabelecida e para corrigir as injustiças sociais.

2. O Declínio da civilização liberal e a transformação das massas

O século XIX, período no qual o liberalismo e o capitalismo se fortaleceram, também foi o celeiro para o surgimento da classe trabalhadora, que se firmou como a nova detentora do poder de revolução, para a formação dos direitos sociais e do paradigma que orientou a nova concepção do Estado, que foi a implantação do Estado intervencionista ou providência ou do bem-estar.

No espaço do capitalismo liberal, a livre manifestação do

poder econômico, não suprimiu apenas a liberdade de competição no mercado - através da formação de cartéis, trustes, monopólios e oligopólios - mas suprimiu a própria liberdade individual da imensa massa de indivíduos possuidores apenas de alguns direitos formais e de sua força de trabalho.

A propriedade de determinados bens materiais - os meios de produção - de simples direito real, transformava-se em direito pessoal, pois o poder de ação sobre essas coisas era também o poder de ação sobre quem dependia delas para trabalhar e viver e como a propriedade desses bens se manifestava diretamente e apenas no interesse privado desses proprietários, esta se convertia em título de domínio sobre aquelas pessoas não detentoras desses e de outros bens. Além disso, a massa trabalhadora, cada dia mais explorada, vivia em condição sub-humana, isto é, sem nenhuma salvaguarda ou proteção contra as vicissitudes da vida.

Nas palavras de Hobsbawn “se um fator domina a vida dos trabalhadores do século XIX, esse fator era a *insegurança*. Eles não sabiam no princípio da semana quanto iriam levar para casa na sexta-feira. Não sabiam quanto tempo iria durar o emprego atual ou, se viessem a perdê-lo, quando voltariam a encontrar outro e em que condições. Não sabiam que acidentes ou doenças os afetaria, e embora não ignorassem que algum dia, no meio da vida - talvez quarenta anos para os trabalhadores não especializados, ou cinquenta para os especializados -, iriam tornar-se incapazes para o trabalho físico pleno e adulto, não sabiam o que iria acontecer então entre esse momento e a morte” (HOBSEBAWN, 2000, p. 306).

Diante de tantas incertezas e dúvidas, a classe trabalhadora passou a confrontar o Estado, exigiu direitos até então legados à classe dominante e começou a estabelecer novo padrão para se relacionar com a burguesia dominante, abarcando para si os ideais de igualdade e liberdade para todos e deu nova concepção à palavra cidadania.

O predomínio do mercado desregulado afastava as pessoas do enquadramento sociocultural que constituía a matriz de seu reconhecimento como ser humano. Assim, a atividade econômica estava incrustada nas relações sociais que definiam a comunidade como um todo. O mercado autorregulável, legalmente constituído, tem impacto destrutivo no novo sistema econômico, com a transformação do trabalho e da terra em mercadorias. No capitalismo industrial, o trabalho (leia-se seres humanos) e a terra

(leia-se meio ambiente natural) eram comprados, vendidos, usados e destruídos tal qual mera mercadoria, um produto da indústria. Quanto à mercantilização da terra, o mercado autorregulável poderá levar à devastação ecológica, com a natureza reduzida aos seus elementos mínimos. Portanto, o mercado autorregulador ameaçava os trabalhadores e o meio ambiente, e era necessária a criação de leis que os protegessem das consequências maléficas da ficção “trabalho-mercado” no sistema capitalista liberal do século XVIII (POLANYI, 1989).

O Estado e a burguesia capitalista dominante, inicialmente, mantiveram-se surdos aos apelos da massa sofrida e massacrada, entendiam que a pobreza e a miséria eram o preço do desenvolvimento, e da qual eles não eram responsáveis, pois conforme pregavam os defensores da teoria do mercado, o empregador não pode agir de forma irresponsável, sob pena de prejudicar seus interesses próprios, e que os trabalhadores devem contar apenas com seu empenho.

Diante da negativa e apatia do Estado na defesa e garantia de seus direitos sociais, políticos e econômicos, o trabalhador inicia uma longa luta contra as instituições do liberalismo e colocou em xeque toda a estrutura institucional do liberalismo na busca do reconhecimento de sua cidadania.

Daí em diante, o Estado passou por uma grande transformação, que se iniciou com a crise gerada pelo modelo desregulado e com o advento do intervencionismo, através do qual o Estado passou a agir no interesse do sistema capitalista, de modo a salvar o mercado de si mesmo e permitir, com algum sacrifício do próprio sistema, que este sobrevivesse, o que leva à superação do capitalismo liberal do século XIX, para a forma de capitalismo burocratizado do século XX e o surgimento do Estado intervencionista.

3. O Desenvolvimento do Estado intervencionista e a nova concepção social da *Welfare State*

No fim do século XIX, o Estado alarga suas atribuições passando a intervir na atividade econômica com maior força, tendo em vista alguns fatores, tais como: os ciclos econômicos capitalistas em que a economia passa por períodos de crescimento que são sucedidos por períodos de grande depressão, e vice-versa;

as crises provocadas pelo desemprego nos períodos de depressão, criando miséria e tensões sociais; os efeitos da Revolução Industrial e a deterioração das condições de trabalho dos operários; e da expectativa de que se alguma medida não fosse tomada, uma mudança mais drástica poderia ocorrer na estrutura do Estado.

Ressalta-se que o Estado intervencionista não se apresentou de forma homogênea em todo o mundo. Basicamente, ele subdividiu-se em dois modelos, de modo a apresentar características específicas nos países que se mantiveram no regime econômico capitalista ao longo do século XX, quais sejam: o Estado do Bem-Estar Social – ou *Welfare State* – nos países capitalistas desenvolvidos; e o Estado Desenvolvimentista, que caracterizou os países capitalistas periféricos que realizaram uma industrialização tardia.

As deslocções da Revolução Industrial com seus efeitos cruéis sobre as massas conduziram ou exigiram novas interpretações da causa da pobreza, quais sejam: 1) vê a causa da pobreza no próprio esforço para minorar a miséria; 2) os esforços perniciosos de caridade estão ligados à teoria de mercado de trabalho; e 3) relaciona a teoria de mercado de trabalho com a teoria da população – adoção da teoria de Malthus, que reconhece a inevitabilidade de desgraças periódicas e agudas, tendo em vista a tendência da população a aumentar mais rapidamente do que os meios de subsistência – e o uso da educação para combater esses males. Entretanto, apesar de essas abordagens estarem intimamente ligadas, representavam temas separáveis do pensamento social (BENDIX, 1996).

O Estado, que se iniciou com a derrocada do capitalismo liberal, assumiu novo papel: deixou de ter suas funções ligadas primordialmente às funções de produção do direito, da segurança e da defesa da propriedade – intrinsecamente ligada à economia e ao poder político; e passou a atuar no domínio econômico e social, áreas até então consideradas de exclusiva iniciativa privada. Com isso, os serviços públicos, anteriormente bastante restritos, surgiram como forma de implantação de políticas públicas definidas no plano político, e a criação de serviços sociais e a aprovação de leis trabalhistas tinham a função de minimizar o conflito entre capital e trabalho, o que dá início ao Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*.

No decorrer de seu novo papel, o Estado, ao atuar como

agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Entretanto, tal atuação não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois foi justamente a fim de impedir tal substituição – quer seja pela via de transição para o socialismo, quer seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar no domínio econômico, o que manteria a preservação do sistema capitalista.

A ampliação das funções do Estado impôs-se como uma exigência da acumulação do capital, devido à necessidade de formação de poupança para a reprodução do mesmo, o que somente poderia ser feito pelos grandes estados nacionais. O setor público colocou-se a serviço do setor privado mais do que nunca. A estatização da economia não foi feita visando à sua socialização / coletivização, mas pela integração e renovação do capitalismo, isto é, para o bem do conjunto dos grandes capitalistas em detrimento de alguns. Portanto, o eventual benefício do restante da população foram consequências e não a finalidade da formação do Estado intervencionista.

Todos os problemas causados pelo liberalismo econômico capitalista, e em particular a miséria e o desamparo em que se encontrava a maior parte da população no período, provocaram um movimento contra o sistema com teorias críticas ao capitalismo e com movimentos que procuravam uma opção àquela situação.

Além disso, o nível de miséria havia chegado a tal ponto entre os trabalhadores dos países de economia industrial que estava ameaçando a própria reprodução da mão de obra, que se encontrava doente e com baixa expectativa de vida, e, com isto, colocou em perigo a continuidade do excedente de reserva que beneficiava a continuidade da exploração dos trabalhadores.

Nesse clima, surgiram, pouco a pouco, leis proporcionando maior amparo social dos trabalhadores, visando, entre outros pontos: à mínima melhoria da qualidade de vida que era necessária à reprodução da mão de obra, ao afastamento da população da criminalidade, com lei para aumentar a repressão aos crimes e também aos ideais anticapitalistas.

A burguesia realizou as reformas para não ter de sofrer a revolução, pois havia o medo de uma expansão socialista e a possível revolução socialista, daí a necessidade de diminuir a influência dos ideais socialistas no meio da sociedade através da

adoção de medidas que trouxessem alguns benefícios aos trabalhadores. As primeiras medidas de proteção social aos operários foram postas em prática na Alemanha de Bismarck, ao mesmo tempo em que foram reprimidas manifestações políticas social-democratas.

Na Inglaterra, surgiu o sistema *Spreenhanland* de assistência aos pobres, através do qual era garantido um salário-mínimo e salário-família, combinados com o direito ao trabalho e ao sustento. Entretanto, em 1834, houve uma alteração na *Poor Law* (1597-1610), que alterou e diminuiu a intervenção estatal no sistema salarial e nas forças do mercado livre. Assim, a assistência passou a ser oferecida somente àqueles que, devido à idade e a doenças, eram incapazes de continuar a participar do mercado (MARSHALL, 1967).

O intervencionalismo que originou o estado providência nasceu como contraponto à organização sindical e política (socialista) do movimento operário no fim do século XIX, tudo isso bem antes dos textos de Keynes referentes à crise e ao emprego. Portanto, o reformismo conservador ou burguês andou na frente do reformismo operário, em parte para desativar o aspecto conservador deste último (BRUNHOFF, 1991).

Teoricamente, a necessidade de ampliação das atividades do Estado, tanto os serviços sociais quanto os públicos, foi desenvolvida por Keynes e divulgada por todo o mundo.

Paradoxalmente, as reformas que foram feitas no sistema capitalista, abandonando o liberalismo econômico, serviram para causar a impressão de que o capitalismo estava sendo “humanizado” ou “socializando-se”, de modo que muitos autores chegam a acreditar que o capitalismo – ligado ainda à noção do liberalismo - estaria cedendo, pacífica e progressivamente, a uma espécie de socialismo ou um “Estado Social”, oposto ao Estado Liberal anterior, em que o esquema econômico capitalista era mantido, mas sem os seus prejuízos para a sociedade, como a miséria, o aumento das desigualdades sociais e de renda, etc. (BONAVIDES, 1961).

Na verdade, “a ampliação dos serviços sociais, não, é, primordialmente, um meio de igualar as rendas. Em alguns casos pode fazê-lo, em outros não. A questão não é de muita importância, pois pertence a um setor diferente da política social. O que interessa é que haja um enriquecimento geral da substância

concreta da vida civilizada, uma redução geral do risco e insegurança, uma igualação entre os mais e os menos favorecidos em todos os níveis – entre o sadio e o doente, o empregado e o desempregado, o velho e o ativo, o solteiro e o pai de uma família” (MARSHALL, 1967, p.94).

O Estado Intervencionista, portanto, atua na sociedade de modo a institucionalizar e amenizar o conflito entre capital e trabalho, e a qualificar a mão de obra. À medida que se faz interessante ao capital, o Estado assumiu o papel de empresário, tornando-se o agente do desenvolvimento direto e indireto de atividades econômicas consideradas politicamente relevantes e de interesse nacional.

A expandida ação oficial ou semioficial na economia tornou o Estado um participante habitual do sistema econômico e não mais um interventor aleatório. Esta posição, ao mesmo tempo em que ampliou a participação do Estado na economia, também o enfraqueceu, tornando-o mais vulnerável a interesses outros que não aqueles conscientemente priorizados a nível político. Devido à grande estrutura estatal e à dimensão no Estado do Bem-Estar ou no Estado do Desenvolvimento, tornaram-se complicadas a administração e a coesão para o controle de toda essa estrutura.

As primeiras medidas de *Welfare* foram realizadas ainda no século XIX, por liberais ou conservadores, e só depois obtiveram o apoio do operariado. O Estado do bem-estar social esteve ligado politicamente à social-democracia.

O Estado de *welfare state* fez-se presente na economia e na sociedade, tomando decisões coletivas junto ao empresariado e sindicatos. Havia a crença de que o mercado livre gerava problemas que, entretanto, poderiam ser superados com a intervenção estatal, que salvaria o capitalismo de si mesmo. A economia era mista, muitas vezes estatizava as atividades consideradas fundamentais ao interesse nacional. O pleno emprego era algo buscado, e o Estado passou a ser o único capaz de satisfazer o interesse público.

No âmbito social, isto se refletiu na desconfiança do Estado em relação às associações voluntárias da sociedade civil: não seriam profissionais, nem eficientes.

A preocupação com a igualdade gerou técnicas e estratégias de nivelamento, principalmente pela via financeira e tributária, que passaram a ser uma forma de redistribuição de renda.

Em uma época em que a maior parte da mão de obra era formada por homens adultos, havia a possibilidade da manutenção de um alto índice de emprego, além do que, a manutenção dos empregos e a melhoria de vida proporcionada pelo Estado do bem-estar social, traziam legitimação para o sistema capitalista.

Os direitos sociais e trabalhistas tiveram suas primeiras manifestações e como isso, pelo menos em tese, houve a melhora de vida da maior parte da população dos países desenvolvidos, que tiravam sua parte da mais-valia de outros países, e, por causa disso, puderam manter um nível de vida confortável ao seu povo.

Observa-se que o modelo de estado da *welfare state*, implantado pelos países desenvolvidos, não existiu de fato nos países latino-americanos nos quais os estados adotaram o modelo de estado paternalista, e a efetivação dos direitos sociais não foi fruto das lutas da sociedade, mas, antes de tudo, foi fruto das políticas de dominação dos governos existentes que assumiram compromissos com o capital estrangeiro e com os países desenvolvidos na implementação das políticas capitalistas e da “disciplina do mercado”.

De modo geral, podemos afirmar que nos países desenvolvidos aplicavam-se a *teoria pós-materialista* (GIDDENS, 1998), desenvolvida pelo cientista político Ronald Inglehart, segunda a qual, nos países desenvolvidos, após atingirem certo nível de prosperidade, os leitores ficaram menos preocupados com as questões econômicas e passaram a dar prioridade às questões referentes à qualidade de suas vidas e à realização pessoal. Isto levou a mudanças nos programas políticos destes Estados, que buscavam reconciliar desempenho econômico com desempenho social.

4. O período entre guerras e a grande depressão dos anos 30: o desmoronamento da economia mundial capitalista

O século XX foi de grandes transformações sociais, políticas e econômicas. No seu início, o crescimento da economia dos países desenvolvidos demonstrava que havia diminuído seu ritmo, dando sinais de estagnação e até de regressão. Cada estado procurava de todas as formas proteção para sua economia contra as ameaças externas, haja vista que a economia mundial estava visivelmente em apuros. Por outro lado, havia o descontentamento de empresas e

governos, que tinham como principal causa o fortalecimento dos trabalhadores e sindicatos, que exigiram cada vez mais a proteção e garantias contra as intempéries do sistema capitalista.

Além disso, os defensores do sistema propagavam a ideia de que salários maiores e menos horas de trabalho teriam como consequência o aumento dos custos de produção.

Para conturbar ainda mais o quadro que se apresentou, explodiu a Primeira Guerra Mundial, que devastou parte da Europa, e ocorreu a Revolução dos bolchevistas na Rússia e pôs em xeque os velhos conceitos políticos, econômicos e sociais que durante anos sustentaram o mundo da civilização burguesa do século XIX.

Ao final da Primeira Guerra, os países europeus estavam praticamente destruídos, necessitaram de ajuda dos Estados Unidos, e durante um breve período acreditavam que conseguiriam espantar o “fantasma da estagnação”, devido ao enorme fluxo de capital internacional que invadiu os países industriais.

Entretanto, a realidade dos fatos demonstrou que tudo não passava de uma “breve ilusão”, pois no dia 29 de outubro de 1929, devido entre outros fatores à especulação imobiliária e à crescente “picaretagem” financeira, ocorreu a quebra da Bolsa de Valores de New York, que iniciou o ciclo da Grande Depressão e assou a economia mundial do período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial.

As principais consequências da crise de 1929 foram: a diminuição do poder dos trabalhadores; a diminuição do salário; o desemprego em massa; a diminuição e perda do poder e da influência dos sindicatos, o colapso do sistema monetário; o aparecimento de ideias conservadoras e o fortalecimento da direita radical, que deu origem aos movimentos nacionalistas nazistas e fascistas; e a Segunda Guerra Mundial, a mais devastadora e traumática de todas as consequências da crise de 1929.

5. Globalização, neoliberalismo e a mudança do papel do Estado no mundo contemporâneo

O modo de produção capitalista caracteriza-se como o sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios coletivos de produção, no qual a massa é a fornecedora da força de trabalho e um pequeno grupo de pessoas é a detentora da propriedade exclusiva desses meios, vivendo da exploração do

lucro ou da mais-valia. O sistema econômico do modo de produção capitalista liberal acabou por originar uma grande massa dos excluídos do “banquete”, contribuindo, portanto, para o aumento da miséria universal. Os primeiros estudos sobre o modo de produção capitalista identificou três períodos pelos quais o capitalismo se desenvolveu.

O primeiro período, denominado *capitalismo liberal*, ocorreu à época do liberalismo e percorreu todo o século XIX, decaindo nas duas últimas décadas.

O segundo período, denominado *capitalismo organizado*, foi o período no qual o capital se concentrou nos períodos da formação dos estados nacionais, que precisavam trabalhar diretamente para a reprodução desses capitais, sendo denominado de período do Estado intervencionista.

O terceiro período ocorreu quando o capitalismo mudou totalmente sua forma administrativa organizacional e foi denominado de *capitalismo desorganizado*, por ocorrer uma hiperorganização deste. Nesta última fase, a expansão do capitalismo atingiu níveis nunca antes vistos e influenciou a economia mundial, e teve nas novas tecnologias um dos seus principais motores, tendo em vista que, devido à revolução tecnológica dos sistemas de comunicação e informação, pode em segundos conectar todas as nações do mundo, o que permitiu a expansão extraterritorial, ubíqua e transnacional do capitalismo, razão pela qual também passou a ser denominado de *globalização*.

5.1. As perspectivas do capital financeiro e a globalização

A *globalização* é um fenômeno que caracterizou a economia mundial desde os anos 80 e é interpretada de diferentes maneiras pelos estudiosos, que lhes atribuí vários sentidos e denominações, tais como aldeia global, fábrica global, nave espacial, terceira onda, mundialização, desterritorialização, cidade global, entre outros. Ou seja, uma profusão de expressões cujo significado é o mesmo: descrever e interpretar um movimento social, político, econômico, jurídico, que visa a transformar e a modificar todo o sistema de relações internacionais, reorientado e reformulando as decisões dos Estados, desde as mais diversas áreas da vida social até os diversos sistemas produtivos e financeiros, que refletem no sistema de emprego e nas diferenças existentes entre os países ricos e pobres.

Para Castells (1999), a globalização é um processo através do qual as atividades decisivas em um determinado âmbito de ação (economia, meios de comunicação, tecnologia, gestão do ambiente, crime organizado) funcionam em conjunto como unidade em tempo real no planeta. É um processo historicamente novo que se desenvolveu nas últimas décadas devido à constituição de um sistema tecnológico (telecomunicações, sistemas de informação interativos e transporte de alta velocidade em um âmbito mundial, para pessoas e mercadorias).

Eli Diniz (2007), analisando o fenômeno da globalização, critica tanto o ponto de vista da ótica liberal ortodoxa, quanto o ponto de vista de uma visão crítica radical, pois ambas apresentam a globalização como sendo um “fenômeno monolítico”, submetido ao império das leis econômicas, no qual os governos nacionais passam a ser tratados como objetos passivos, vítimas de forças que não podem controlar, e por isso tornam-se impotentes. Explica o autor que a globalização não é comandada por forças inexoráveis e também não é marcada exclusivamente por relações e processos de natureza econômica, mas é, antes de tudo, sujeita a uma lógica política, que por sua vez, tem a ver com relações assimétricas de poder, que se estabelecem entre as potências em escala mundial e traduzem-se pela formação de blocos e instâncias supranacionais de poder.

Finalmente, a globalização favoreceu para que o capitalismo tivesse maior reprodução e expansão, com a implantação de várias medidas nas últimas décadas, entre as quais podem ser citadas as seguintes:

- 1) A flexibilização das relações de trabalho e a implantação de barreiras às medidas governamentais que buscassem o pleno emprego, tendo por finalidade diminuir os custos da produção industrial;
- 2) O enfraquecimento da pressão dos sindicatos e o aumento do desemprego, para poder obter o exercito de reserva de força de trabalho com menores custos, medidas estas que foram facilitadas graças às novas técnicas e tecnologias de produção industrial, principalmente a *toyotista*, na qual as etapas de produção puderam dispersar-se e terceirizar, o que conduziu à busca de mão de obra mais barata em qualquer lugar do mundo e à obtenção de maiores

incentivos fiscais;

- 3) A redução das barreiras comerciais – mesmo que nos países desenvolvidos tais barreiras fossem substituídas por outros tipos, tais como a “sanitária” – foram forçadas principalmente pelos países capitalistas centrais, que controlam a produção industrial mais eficiente e relevante, e, por isso, possuem maior vantagem ao adentrarem no “livre comércio industrial”, ao passo que, aos países da periferia, caberia o já conhecido papel de exportador de matérias-primas, o que poderia forçar os países de industrialização tardia a uma “desindustrialização” ou a um papel de indústria secundária.

Na versão atual do capitalismo globalizado, além de serem quebradas as barreiras comerciais, foram também derrubadas as barreiras financeiras. Isto significa que o capital acumulado nos países desenvolvidos pode reproduzir-se para os países de desenvolvimento tardio através de investimentos e financiamentos.

A lógica que segue o capitalismo global financeiro é de que, quando lhes for conveniente e houver necessidade de submeter tais países aos seus caprichos, o capital financeiro poderá ser retirado instantaneamente, forçando assim os países periféricos a adotar as medidas fiscais, econômicas, sociais e trabalhistas que melhor convier ao capital financeiro, considerando-se que tais países dependem do financiamento externo para tentarem desenvolver-se e para financiarem as dívidas que obtiveram na tentativa de desenvolvimento. Como exemplo de atitude perversa e cruel do capitalismo financeiro, tem-se o caso da Grécia, que atualmente se encontra mergulhada na maior crise econômica, social e política devido à ciranda do sistema financeiro mundial, e que se alastrou pela Europa, atingindo principalmente Portugal e Espanha.

O que caracterizou essa nova fase do capitalismo é justamente a força do capital financeiro, que se sobrepôs à força de qualquer nação, mesmo a mais poderosa – não podemos esquecer a crise econômica e social pela qual passa os EUA. Entretanto, também deve ser lembrado que o capitalismo financeiro atua de acordo com os interesses de algumas dessas poucas nações, porque é também do interesse delas que o capital financeiro seja expandido.

Representando o capitalismo financeiro, algumas instituições, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, pressionaram os países mais pobres (principalmente os mais endividados) a realizarem determinadas mudanças, que somente em parte e em curto prazo lhes foram benéficas.

5.2. *O neoliberalismo e a ampliação do capitalismo na contemporaneidade*

Nos fins dos anos 70, com a crise do petróleo e o fim do padrão ouro, o capitalismo entra em mais uma crise recessiva, e o modelo intervencionista do Estado começou a ser apontado como o responsável por essa crise devido à hipertrofia da máquina estatal.

Neste período, surgiram na Inglaterra, comandada por Margareth Thatcher, políticas públicas que visaram à diminuição da máquina estatal e do âmbito de atividades realizadas pelo Estado e propuseram a restrição das atividades estatais, para que o Estado pudesse somente cuidar com mais eficiência de suas funções primordiais. Esta “nova orientação” recebeu a denominação de *neoliberalismo*, por ter fundamento ideológico de cunho liberal. O epicentro dessa nova roupagem dada para as teorias liberais foram a *Escola de Chicago* (T. W. Schultz, Gari Becker e Milton Friedman), a *Escola Austríaca* (Friedrich August Von Hauek) e a *Escola de Virgínia* ou *Public Choice* (James M. Buchanan). Após a queda e o desmantelamento da União Soviética, a teoria neoliberal expandiu-se para sustentar o “novo capitalismo” por todo o mundo.

O neoliberalismo manteve as premissas do pensamento liberal, cujo principal argumento era a maior eficiência do mercado em relação às instituições políticas para o cumprimento do interesse econômico da sociedade, diferenciando-se do liberalismo clássico mais por ter maior reconhecimento fático do que propriamente pela relevante mudança teórica. O prefixo *neo* (do neoliberalismo) tem um significado muito preciso, por admitir a necessidade de alguma intervenção do Estado na economia para “ajustar” e “sanear as falhas do mercado, incorporando em seu conceito as grandes transformações sociais, políticas e econômicas, pelas quais passou o mundo ocidental após o período da Grande Depressão de 1929. Portanto, a teoria neoliberal admitiu as medidas “anticíclicas” de recondução das economias desenvolvidas à situação em que os mecanismos “naturais” de mercado poderiam

voltar a garantir equilíbrio e eficiência. Entretanto, os defensores das políticas neoliberais pregavam nova divisão internacional do trabalho e a globalização da produção, formando nova economia mundial, cujos traços foram: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento em escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transportes; revolução nas tecnologias de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminências das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismo transnacionais – o americano, o japonês e o europeu (OLIVEIRA, Revista da Faculdade de Direito da USP, 2004).

Para o neoliberalismo, o estado do bem-estar social foi a causa de todos os males enfrentados nas últimas décadas, pois constatando que o Estado estava em crise, não procurou combater seus problemas estruturais. De forma muito simplista, os defensores do neoliberalismo acreditavam que, se o envolvimento estatal na economia não estava dando certo, então o oposto seria o ideal. Portanto, qualquer coisa relacionada ao igualitarismo seria invariavelmente autoritária e inviável, e o verdadeiro “bem-estar” somente seria possível com o crescimento econômico conduzido pelo mercado, que maximizaria o progresso e a eficiência econômica.

Os neoliberais compreendem que os direitos trabalhistas e sociais, adquiridos a partir do intervencionismo estatal, seriam corporativistas e, por isso, considerados ilegítimos e, portanto, não poderiam ser mantidos. Isto se explica porque os neoliberais utilizavam o conceito de **corporativismo** no sentido pejorativo, isto é, advindo da ideologia conservadora e fascista que preconizou a união de todas as camadas sociais organizadas em corpos intermediários ligados ao Estado e, em certas práticas governamentais, relacionadas com a “planificação indicativa” posteriores à Segunda Guerra Mundial, bem como de certos tipos de oposição a medidas de interesse geral em tempo de crise e à defesa de situações adquiridas por camadas sociais que somente estariam preocupadas com seus interesses setoriais em detrimento da coletividade.

As teorias neoliberais viam o valor da competitividade econômica sob o ponto de vista absoluto e, com isso, perderam o verdadeiro sentido dos valores da democracia que foram consagrados pelo Estado liberal. Ao mesmo tempo, romperam com

várias das ilusões referentes à atuação do Estado no campo econômico e social, sendo que uma delas foi a previsão dos financistas de que o setor público absorveria o privado, graças ao aumento das despesas públicas, da nacionalização e da estatização de empresas e atividades privadas. O raciocínio era de que a hipertrofia das despesas governamentais prosseguiria indefinidamente, implodindo o capitalismo sem que este reagisse.

No meio dessa crise recessiva e do surgimento dessa ideologia, estavam os países capitalistas periféricos, alguns endividados externamente, e que, após uma industrialização tardia, possuíam patrimônios estatais e monopólios de atividades econômicas lucrativas e muito interessantes ao capital privado internacional, o que despertou o interesse dos países capitalistas desenvolvidos, e com isso levou-os a pressionar os países periféricos à implantação de teorias neoliberais que, com medo de sofrer retaliações comerciais e financeiras, concordaram com tais ideias. Por outro lado, os países periféricos (ou de capitalismo tardio) demonstravam a fragilidade de suas democracias e possuíam uma elite facilmente comprável, influenciável e acostumada à ausência de soberania nacional fática, de modo que as eleições foram direcionadas para o apoio de candidatos coniventes com essas medidas. Dessa maneira, os governos eleitos nesses países estavam voltados à promoção dessas medidas interessantes ao capitalismo global que também se mostrou interessante a certa camada da população.

O fato é que as mudanças necessárias à expansão do capitalismo global foram realizadas e são basicamente duas: *ajustes monetários*, como o fim da inflação, estabilização da moeda, juros altos, etc.; e a *desestatização* ou *privatização*, que é a venda de empresas públicas, a quebra de monopólios estatais das atividades econômicas e a flexibilização dos serviços públicos.

Os países latino-americanos foram os primeiros a implantar as políticas neoliberais, como condição para que fossem renegociadas suas dívidas, conforme compromisso assumido no Consenso de Washington.

6. Perspectivas do futuro da sociedade nos Estado pós-neoliberalismo

Segundo Boaventura (1999, p. 79), depois de a consolidação

do sistema capitalista como sistema de trocas monetárias generalizadas e suas relações específicas entre capital e trabalho terem-se tornado dominante, o projeto cultural da modernidade, elaborado antes da afirmação do modo de produção capitalista, começou a afirmar-se. A partir desse momento, o trajeto histórico da modernidade, o paradigma cultural vigente até os nossos dias, está intrinsecamente ligado ao capitalismo.

De acordo com esse autor, o projeto sociocultural da modernidade assenta-se em dois pilares fundamentais: o da regulação e o da emancipação. O pilar da *regulação* é constituído pelos princípios do Estado, mercado, e pelo da comunidade. O pilar da *emancipação* foi edificado por três lógicas de racionalidade: a estético-expressiva da arte e da literatura; a moral-prática da ética e do direito, e a cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. De modo que cada princípio do pilar da regulação se relaciona privilegiadamente com um determinado pilar da emancipação.

O Estado liga-se à racionalidade moral-prática da ética e do direito, a comunidade relaciona-se preferencialmente com a racionalidade cognitivo-instrumental e o mercado relaciona-se mais com a ciência e a técnica.

Diante dessa nova forma de pensar, parece que o Estado perdeu parte da capacidade e parte da vontade política de regular as esferas de produção (demonstradas através das privatizações, desregulação da economia) e da reprodução social (pela retração das políticas sociais, crise do Estado intervencionista).

A transnacionalização do capital parece ter tornado o Estado nacional uma realidade sociológica obsoleta. Essa fraqueza externa do Estado é, no entanto, compensada por medidas autoritárias do mesmo, que devolve à sociedade civil a competência das funções que assumiu no segundo período, declarando-se completamente autônomo da sociedade, num rompimento do contrato social que teoricamente o legitimaria.

Portanto, ao permitir a perda de sua soberania, o Estado perdeu também sua legitimidade, e a sociedade civil passou a não se identificar como responsável e parte de um projeto nacional, o que deu condições para ocorrer o rompimento dos frágeis laços de cidadania entre os indivíduos e o Estado, o aumento do contingente de pessoas que são excluídas da sociedade e a geração de novas formas de exclusão.

Giddens (1999), ao referir-se sobre as novas formas de

aumento da exclusão social nas sociedades contemporâneas, entende o conceito de exclusão não como aumento de desigualdade, mas como mecanismo que atua para destacar grupos de pessoas do fluxo social prevalecente. Deste conceito, haveria dois tipos de exclusão: uma advinda de baixo, dos marginalizados socialmente de forma voluntária; e outra relativa às elites, e realizada de forma voluntária.

Conforme as palavras de Giddens

[...] no topo, a exclusão voluntária é movida por uma diversidade de fatores. Dispor de recursos para se retirar de uma sociedade mais ampla é a condição necessária para fazê-lo, mas nunca a explicação cabal de por que os grupos fazem essa opção. A exclusão no topo não é só tão ameaçadora para o espaço público, ou para a solidariedade comum, quanto à exclusão na base; está causalmente ligada a ela. É fácil ver que as duas caminham juntas a partir dos exemplos mais extremos que se desenvolvem em alguns países, como o Brasil ou a África do Sul. Limitar a exclusão voluntária das elites é central para a criação de uma sociedade mais inclusiva na base” (1999, p.104-105).

O Estado e o Direito perdem a legitimidade para imporem medidas coercitivas e regulatórias para a sociedade civil, que não se sente mais representada, surgindo novas formas de manifestação sociais autênticas, e a sociedade reivindica sua importância, abandonada que está pelo Estado à sorte do mercado.

Nas discussões sobre o futuro da sociedade capitalista mundial e os lugares dos cidadãos de cada Estado nacional dentro desta nova realidade em formação, há quem não acredite no “fim da história” e frise que este é mais um momento de transição dos paradigmas da humanidade, e que as mudanças se iniciariam em outros campos que não no econômico. Contudo, o modo de produção capitalista que se tornou dominante após a concretização do paradigma cultural da modernidade – baseada na globalização e no neoliberalismo – extinguir-se-á, em parte, por superação e, em parte, por obsolescência.

Para sair dessa concepção pregada pelo capitalismo, é necessário reinventar as minirrationalidades da vida, de modo que elas deixem de ser partes de um todo e passem a ser totalidades presentes em múltiplas partes, o que vem a ser a lógica de uma possível pós-modernidade de resistência (BOAVENTURA, 1999),

com novas formas de manifestações sociais autênticas, na qual a sociedade reivindica ser respeitada e ouvida pelo Estado, que as abandonou para proteger o “mercado”. Além disso, é necessário que ocorram também mudanças no âmbito econômico, social, cultural e político, evitando assim as armadilhas montadas pelo neoliberalismo e pela globalização capitalista.

Considerações finais

O novo modelo de Estado, que foi implantado pelos últimos governos de inspirações neoliberais, não atendeu ao interesse público, nem especificamente na melhoria dos serviços públicos que agora possuem gestão privada, e muito menos na diminuição real da dívida pública que se dizia gerada pelo inchaço da máquina estatal com suas empresas “ineficientes” atuando no campo econômico, nem de modo geral investindo mais no campo social como foi prometido quando da implantação dessas medidas, ou proporcionando melhores condições para que o país consiga superar sua condição histórica de pobreza, profundas desigualdades sociais, dependência econômica, cultural e subdesenvolvimento, sem o qual nunca poderá ser um país capaz de realizar o bem comum e proporcionar vida digna a toda a sua população.

Concomitantemente com essas mudanças na estrutura do Estado, ocorreu o processo de globalização econômica que afetou os Estados, talvez de forma irreversível, pois possibilita que a transferência de parte do poder decisório estatal para organizações transnacionais de controle monetário a serviço do capital financeiro e da hegemonia industrial-comercial internacionais, ameça a soberania econômica dos países.

Somado à diminuição da máquina estatal em razão das privatizações e concessões de serviços públicos, o poder do capital internacional, através da globalização, obrigou os Estados periféricos a repensarem suas atuações no domínio econômico, impedindo um mínimo de intervenção na economia por parte do Estado e necessária para o cumprimento de sua função social, e que hoje se mostra necessária para que se faça a retomada da redistribuição de renda, a minimização dos custos sociais da flexibilização da relação entre capital e trabalho, e um projeto de desenvolvimento econômico que busque uma diminuição do desemprego e da pobreza.

Uma vez já foi dito que a democracia é a pior forma de governo, com a exceção de todas as outras. A respeito do novo modelo de Estado implantado nos países periféricos, pode-se dizer algo semelhante, mas não igual: é o melhor modelo de Estado que se teria, excetuando-se todos os outros que ele (o Estado) não permite aparecer.

Referências

BENDIX, Reinhard. *Construção nacional e cidadania: estudos de nossa ordem social em mudança*. São Paulo: EDUSP, 1996 (Clássicos, 5).

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed., rev. e amp., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do estado para a cidadania*. São Paulo: ED. 34, 1998.

BRUNHOFF, Suzanne de. *A hora do mercado: crítica do liberalismo*. São Paulo: Unesp, 1991.

CASSIRER, Ernest. *El mito del estado*. 9.ed. Madrid: Fondo, 1997.

CASTELLS, Manuel. Para o estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: ENAP; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 147-171.

DINIZ, Eli (org.). *Globalização, estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. *Lua Nova*, n. 24, p-85-116, set. 1991.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Free to choose*. EUA: Penguin Books, 1980.

GIDDENS, Anthony. *The third way: the renewal of social democracy*. UK, Cambridge: Polity Press, 1998.

_____. *O estado-nação e a violência: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico*. São Paulo: EDUSP, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. *A costelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e v. 2.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MACPHERSON, C. B. O liberalismo como trade-offs. In: _____. *Ascensão e queda da justiça econômica: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo: de onde vem, para onde vai?* São Paulo: Editora SENAC, 2001.

OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. *A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

_____. A globalização da pobreza: impactos das políticas sociais do Estado Neoliberal nas democracias dos países latino-americanos. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 99, 2004.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2.ed. Rio de Janeiro, Campus, 2000.

RAMONET, Ignacio. Régimes globalitaires. *Le Monde Diplomatique*, Paris, jan.1997, n.514, p. 1.

SANTOS, Antônio Pedro Ribeiro dos. *As metamorfoses do Estado: rumo à mega-confederação europeia?* Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas*. Trad. João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOROS, George. *A crise do capitalismo: as ameaças aos valores democráticos – as soluções para o capitalismo global*. 3.ed., Rio de Janeiro: Campus, 1998.

RINOCERONTES, CRISES, CAPITALISMO E BRASIL

Adriano Assis Ferreira*

I.

No final de julho de 2015, dois anos após o país ser tomado por protestos e movimentos sociais com um caráter anarcopopulista, um artigo opinativo, no mínimo estranho, falando de rinocerontes, foi publicado no caderno de Economia do jornal O Estado de S. Paulo (edição de 29/7/2017, p. B2).

Escrito pelo cientista político Adriano Gianturco Gulisano, o curto texto afirmava que, no início dos anos 1990, haveria apenas 20 rinocerontes brancos em uma reserva na África do Sul. Como consequência de postura adotada pela ONU nos anos 1970, os governos teriam usado “clássicas ferramentas políticas”, como proibir a matança dos animais e punir em caso de violação, para protegê-los.

Essas medidas criariam, segundo o autor, um mercado negro que, por sua vez, atrairia pessoas mais dispostas a arriscar, pois aumentaria as margens de lucro. Como consequência, a população dos animais diminuiria sem parar.

Em 1991, porém, o governo da África do Sul publica o “Theft of Game Act”, permitindo a criação de rinocerontes para exploração econômica. Com isso, pessoas podem tornar-se donas dos animais, substituindo “os incentivos para exterminá-los pela motivação para preservá-los”.

A nova medida criaria um mercado transparente, com os rinocerontes “privatizados”. A população de animais subiria incessantemente, chegando a 20 mil exemplares em 2010, afastando qualquer perigo de extinção. Gulisano afirma que, graças à lei da oferta e da demanda, temos vacas, galinhas, porcos, perus, à vontade. No caso sul africano, também passaria a haver rinocerontes à vontade.

Quando um bem é “excluído do mercado”, segue o autor, por motivos religiosos, por exemplo, como as vacas na Índia, o resultado seria desastroso: “as poucas que existem vagam

* Doutor em Literatura Brasileira-USP. Doutor em Ciência Política-PUC/SP. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito-USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Diretor Acadêmico do Grupo Anima Educação.

magérrimas nas ruas”. Quando o bem é inserido no mercado, deixa de ser raro, a vaca torna-se carne, que “comemos todos os dias”. O bem “é criado de forma sistematizada e produzido em abundância”.

Para referendar sua opinião em defesa dos mercados, o autor cita a pretensa “tragédia dos comuns”: um bem disponível gratuitamente é sobreusado, tornando-se escasso. Para evitar isso, deve recair sobre ele o direito de propriedade. Seria o caso da arara azul: a venda, “muito regulamentada e burocrática”, e o “preço controlado politicamente” gerariam um mercado ilegal. Se o comércio fosse legalizado, a arara seria criada para ser vendida, aumentando sua oferta, diminuindo seu valor e permitindo o crescimento da população.

Voltando à África, Gulisano menciona que, hoje, os rinocerontes negros estão ameaçados de extinção. Uma empresa estaria disposta a produzir “chifres artificiais idênticos aos naturais” para “inundar o mercado com esses produtos”, reduzindo os preços e afastando os caçadores ilegais. Seriam utilizadas impressoras 3D para produzir os chifres e *crowdfunding* para captar recursos.

Vale citar sua conclusão:

Títulos de propriedade e o motor do lucro criam um mecanismo de incentivos positivos que levam as pessoas a fazer uso eficiente dos recursos, a preservar a natureza, a focar em pesquisas de ponta, inovação, tecnologia e negócios. A resolver problemas sociais de forma empreendedora sem polêmicas políticas.

O artigo é assustador por diversas razões. O autor menciona o “Theft of Game Act”. Pesquisando sobre algum ato normativo com tal nome no ano de 1991, encontramos o “Game Theft Act 105” que regula a propriedade de certos animais, combate seu furto e combate sua caça e sua apropriação “erradas e ilegais” (<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1991-105.pdf>).

Fundamentalmente, o regulamento permite que pessoas mantenham tais animais em terrenos próprios para fins comerciais ou de caça. Para serem consideradas seus proprietários, devem possuir terrenos “suficientemente fechados” para confinar as espécies e um certificado emitido pelo “Premier” da província.

Por revogar medidas contrárias, podemos supor que esse regulamento transforme animais como o rinoceronte, que antes não seriam “coisas” ou, no máximo, seriam “coisas fora do comércio”, em “bens” suscetíveis de utilização econômica. Aquilo o que Gulisano chama de “mercado transparente” podemos chamar de uma crueldade com os animais. Ao perderem a condição de protegidos da apropriação, perdem sua dignidade natural e convertem-se em gado, cujo fim é servir aos humanos.

Se a população cresce, não é pelo fato de seu meio ambiente estar preservado e sua existência transcorrer sem os incômodos causados por nossa espécie, mas justamente porque foram oficialmente convertidos em valor de troca na economia capitalista.

O autor considera que a medida afastou o perigo da extinção. Se mudarmos a perspectiva, podemos afirmar que a medida consumou a extinção desses rinocerontes. Vivem, agora, em terrenos “suficientemente fechados”, sob o controle de seus donos.

Em agosto de 2017, a *National Geographic* publicou uma fotorreportagem sobre a criação de rinocerontes brancos na maior fazenda mundial do gênero, localizada na África do Sul (<http://www.nationalgeographicbrasil.com/photography/2017/08/criacao-de-rinocerontes-e-corta-de-seus-chifres-na-africa-do-sul?image=001rhinofarm>). Ainda que o texto seja acrítico, percebe-se a crueldade pelas fotos: são milhares de rinocerontes, amontoados, todos com os chifres cortados. Um gritante desmentido para o texto de Gulisano.

Conforme a reportagem, que mostra fotos de rinocerontes comendo alfafa, o proprietário da fazenda possuiria um veterinário com dedicação exclusiva ao corte dos chifres, para, segundo ele, “proteger” os animais de caçadores ilegais que os matariam para retirá-los. O repórter insiste nessa perspectiva, destacando que existiriam seguranças contratados para “proteger” os animais.

Todavia, durante o texto percebemos uma contradição: o fazendeiro processa o Estado pelo direito de comercializar os chifres. Possuiria seis toneladas de chifres armazenados e gostaria de, para “continuar protegendo os animais”, poder vendê-los. Contrariando, novamente, o texto inicial, afirma-se que o comércio internacional desses chifres estaria proibido desde 2009 no país. Mas, dessa vez confirmando a perspectiva de Gulisano, o comércio ilegal cresceria incessantemente.

Triste o destino do rinoceronte branco: ser vítima de caçadores ilegais e perder a vida, ou ser vítima de fazendeiros inescrupulosos e perder o chifre e a alma...

Aqui precisamos citar uma frase forte do cientista político: “quando há problema, politizá-lo é a receita perfeita para o fracasso”. Na sua visão, uma lei que proíbe a apropriação privada do rinoceronte “politizaria” a questão, gerando o mercado negro e dizimando o animal; outra lei, contudo, que permitisse essa apropriação não politizaria a questão e salvaria o animal.

Fica uma dúvida no ar: a diferença entre um mercado regulamentado e outro não regulamentado não é política? Não deriva de uma escolha política do Estado “legalizar” um ramo da economia?

Essa dúvida aumenta quando notamos que, para Gulisano, o mercado “transparente” deriva de um conceito jurídico que, por sua vez, é construído politicamente pelas leis: a propriedade privada. Seu argumento gira em torno do Ato 105 que “privatizaria” o rinoceronte, permitindo que se transforme em propriedade privada. Por que “privatizar” o rinoceronte não é decisão política e retirá-lo do comércio seria?

A incoerência de sua perspectiva se oculta em uma visão unidimensional da realidade e do papel do direito. Quando o Estado é chamado, por meio das leis, a atuar definindo e protegendo a propriedade privada, bem como autorizando o comércio de qualquer bem, ainda que seja um animal selvagem, não haveria política nem problemas. Porém, quando o mesmo Estado, por meio do mesmo instrumento, as leis, impede que algo vire propriedade privada de alguém ou impõe certas restrições ao funcionamento do mercado, haveria política e problemas.

Claro que há uma razão para isso: a única “lei” que pode prevalecer no mercado é a oferta e a demanda. A unidimensionalidade do autor está em enxergar a atuação política do Estado para limitá-la, mas em não enxergar essa mesma atuação política ao permiti-la. Ou seja, não existe mercado sem uma opção política; não existe mercado sem a proteção jurídica à propriedade privada e aos contratos de compra e venda.

Sem explicar a relação com os rinocerontes, o autor cita a “tragédia dos comuns”. Trata-se de controvertida tese, indicando que bens de uso comum seriam esgotados pelos indivíduos que

priorizariam a satisfação egoísta de seus desejos. Sem entrar no mérito da tese, não parece ser o caso dos rinocerontes.

Enquanto esses animais eram insuscetíveis de serem transformados em propriedade privada, não eram propriedade coletiva da comunidade. Não podiam ser usados por todos os sul africanos. Ao contrário, estavam, por meio de leis, protegidos do uso e da apropriação humanas. Infelizmente, essas leis eram ineficazes.

Para piorar, Gulisano não explicita a verdadeira causa para o desrespeito às leis e a quase extinção dos rinocerontes brancos: o mercado capitalista. Ora, por que os caçadores correm riscos, desrespeitam a lei, matam o rinoceronte e vendem seu chifre? Por causa da política? Ou porque querem obter lucro no mercado?

Na sua lógica latente, é inconcebível algo fora do mercado. Tudo está ou estará no mercado. Se o Estado “politiza” a questão e proclama retirar um bem do mercado, apenas criará outro mercado, agora ilegal, para ele. Se esse bem é um animal que simplesmente é protegido em seu ambiente natural, ao invés de se tornar coisa de ninguém, tornar-se-á “coisa comum”, ficará mais valioso, será caçado e terminará extinto. Assim, a única forma de salvar um animal é colocá-lo no mercado oficial, “dando” a ele um dono. Então, esse animal será confinado, “reproduzido” diversas vezes, suas crias se multiplicarão e todos virarão carne em nossos pratos. Mas a espécie estará salva...

Daí soar hilária a frase citada acima: a propriedade oficial e o “motor do lucro” motivariam as pessoas a preservar a natureza. Quem cria vacas ou salmões de “forma sistematizada” está preservando a natureza? Ou apenas consoma sua destruição com o apoio político do Estado?

Esses dois elementos, propriedade privada e busca pelo lucro, resolveriam “problemas sociais de forma empreendedora sem polêmicas políticas”? E qual a relação disso com os rinocerontes? Em que momento a criação de rinocerontes como gado, com o corte politicamente autorizado pelas leis de seus chifres, está resolvendo os graves problemas sociais da África do Sul?

Parece que o autor, seguindo tendência muito em moda, precisa desesperadamente de um *case*. E aqui podemos constatar que a verdadeira razão do artigo não é tratar dos rinocerontes e de sua dignidade. É criar esse *case*, ainda que fantasioso, para legitimar suas ideias neoliberais. Ele precisa demonstrar a

supremacia do mercado, da lei da oferta e da demanda, sobre a intervenção estatal. Para isso, conta uma historinha, quase uma fábula, que, embora triste na realidade, quer fazer parecer feliz. E conclui: "é por isso que temos gado à vontade: porque sua existência responde à lei da demanda e da oferta".

II.

Um segundo passo consiste em tentarmos entender as razões de esse artigo, que não resiste a um olhar superficialmente crítico, ter sido publicado no caderno de Economia de um dos jornais de maior circulação do país. Ainda que esse jornal, O Estado de S.Paulo, seja um tradicional defensor de ideias liberais, divulgar a opinião do cientista político soa um tanto apelativo, merecendo uma reflexão.

Essa perspectiva pode ser reforçada com a constatação de que o mesmo jornal, em 2012, publicou reportagem sobre uma reserva sul africana que abrigaria 2.500 rinocerontes brancos (notícia disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,reserva-na-africa-do-sul-abriga-2500-rinocerontes-imp-,817873>). Essa reserva, criada em 1895, é classificada como "bem sucedido programa de conservação". Nela, viveriam, além dos rinocerontes, leopardos, leões, elefantes e búfalos.

A notícia, que poderia ter sido facilmente localizada pelo cientista político ou pelo editor do jornal que publicou sua opinião, mostra que a preservação dos rinocerontes ocorre graças a uma tradicional opção política de muitos governos: a criação de uma reserva ambiental. Nessa opção, o mercado não é visto como a solução, mas como o problema, como a ameaça. Criar uma reserva significa tentativa de afastar essa ameaça de uma região geográfica delimitada.

Nem sempre, contudo, os governos conseguem preservar áreas internas das ambições mercantis. Teriam sido registradas, conforme a reportagem, 443 mortes de rinocerontes em 2011 e 333, em 2010. A causa: o valor de troca do chifre. Gulisano diria: legalizando-se a venda de chifres, seu valor diminuiria porque os rinocerontes seriam produzidos em série. Mas já vimos o que isso significa: transformar os animais em gado e consumir sua extinção da natureza, situada fora do mercado. No caso concreto, os animais sobrevivem sem os chifres e apenas pelo seu valor como agente reprodutivo.

Vejamos nosso ponto: em 2012, uma notícia publicada no jornal em questão mostra o mercado como ameaça aos rinocerontes preservados em uma reserva; em 2015, uma opinião publicada no mesmo jornal defende que retirar o rinoceronte do mercado é opção política que só traz problemas e cria um *case* quase fictício dizendo que a inserção do animal no mercado estaria fazendo sua população crescer.

Entre uma notícia e outra, aparece junho de 2013 e uma das maiores crises de legitimidade do Estado brasileiro. A saída dessa crise, que termina com a derrubada da presidente Dilma, passa pela construção de uma imagem responsabilizando sua equipe econômica pelas demais crises que afetam o país ao optarem pelo abandono dos ideais do neoliberalismo e pela adoção de uma política desenvolvimentista.

No universo da construção dessa imagem, chegamos a 2015 e ao artigo, cujo *case* reflete essa busca. O modelo desenvolvimentista exige intervenções estatais na economia, “politizando-a”. O modelo neoliberal exige uma atuação forte do Estado para garantir a lei da oferta e da demanda, que parece funcionar sozinha.

Ora, esse impasse, entre os dois modelos de política econômica, aparece na Constituição Federal de 1988 e se manifesta nos anos subsequentes. A Carta, na mesma linha de outras constituições, assume um feitiço “social-liberal”, adotando princípios, muitas vezes contraditórios, de ambas ideologias.

Essa modelagem híbrida gera descontentes nos dois extremos do capitalismo (liberal x desenvolvimentista), criando a aura da constante necessidade de reformas. Cada grupo, reiteradamente, deseja corrigir as distorções causadas pelos artigos que consagram a ideologia do outro. Nunca se está plenamente satisfeito. Ainda assim, talvez graças a essa tensão interna, a Constituição sobrevive, podendo ser calibrada ao sabor do arranjo de forças.

Em 1990, olhando para a atividade legislativa brasileira, poderíamos ser convencidos de que o caminho seria trilhado pelo keynesianismo. Várias leis delineiam um caminho de proteção social e intervenções “políticas” na economia e na sociedade civil. Algumas das mais importantes leis do nosso sistema jurídico derivam desse ano:

1 - A lei 8.080/90 regula o direito à saúde e estabelece o SUS;

2 - A lei 8.114/90 organiza a Seguridade Social e a Previdência Social;

3 - A lei 8.036/90 altera o regime do FGTS;

4 - A lei 8.069/90, ou Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece várias medidas de proteção aos menores de idade;

5 - A lei 8.078/90, ou Código de Defesa do Consumidor, consagra a função social dos contratos e a intervenção estatal para proteger o consumidor hipossuficiente.

Para o historiador que buscasse uma reconstrução histórica a partir da publicação dessas leis, o predomínio dos princípios sociais da Constituição seria questão de tempo. Afinal, apenas uma lei destoava nesse caminho: a lei 8.031/90, criando o Programa Nacional de Desestatização.

Conforme o economista Antônio Corrêa de Lacerda (*Economia Brasileira*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191), na década de 1980 houve uma primeira onda de “reprivatização” de empresas adquiridas pelo Estado. Sem planejamento maior, a finalidade era vender empresas para lidar com dificuldades financeiras do Estado. 38 empresas de pequeno porte foram vendidas, arrecadando-se 780 milhões de dólares.

O Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela lei, intensificou as privatizações, que se tornaram “parte integrante das reformas econômicas do governo”. Em outubro de 1991, a empresa Usiminas foi vendida por mais de dois bilhões de dólares, inaugurando a execução do programa.

Nos anos de 1991 e 1992, 18 empresas dos setores de siderurgia, fertilizantes e petroquímica foram vendidas, arrecadando-se mais de quatro bilhões de dólares. A partir de 1995, confere-se prioridade ainda maior às privatizações, consumando-se a venda de quase todas as estatais que atuavam no setor industrial.

Nesse momento, amplia-se o PND com as concessões de serviços públicos à iniciativa privada. Nas palavras do economista: “Essas concessões incluíam os setores de eletricidade e as áreas de transportes e telecomunicações, o que acrescentaria aos objetivos do PND a melhoria da qualidade dos serviços públicos, por meio do aumento dos investimentos a serem realizados pelos novos controladores” (LACERDA, Antônio Corrêa de. *Economia Brasileira*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 193-195).

Em 1997, foi aprovada a lei 9.472/97, chamada de Lei Geral das Telecomunicações, autorizando a privatização do Sistema Telebrás e criando a ANATEL, agência reguladora do setor. Foram licitadas concessões de telefonia móvel, num valor de 4 bilhões de dólares.

Entre 1998 e 2001, vários processos de desestatização ocorrem, sobretudo no setor de energia e no citado setor de telecomunicações. A venda das 12 *holdings* criadas com a cisão do Sistema Telebrás gerou uma receita de 22 bilhões de reais. Ao todo, no final de 2001, o PND gerou uma receita de 82 bilhões de dólares com as privatizações, além de uma transferência de 18 bilhões de dólares em dívidas (LACERDA, Antônio Corrêa de. *Economia Brasileira*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 193-195).

Poucos dias antes de o jornal O Estado de S.Paulo publicar a opinião de Gulisano, em meados de julho de 2015, o jornal O Globo publicou um balanço sobre as privatizações no setor de telecomunicações (edição de 15/7/2015, p. 29). As linhas fixas teriam passado de 19 milhões em 1998, para quase 45 milhões; as linhas móveis, subiram de 5,6 milhões em 1998, para impressionantes 284 milhões.

Se o pretexto passou a ser aumentar a qualidade dos serviços, a reportagem revela que, no caso da telefonia, muitos problemas persistem: é um dos setores com maior número de queixas dos consumidores. Além disso, o setor se mostra incapaz de resolver seu grande desafio: atender satisfatoriamente à demanda por conexão de dados de alta velocidade. Talvez haja muito mais para além desse pretexto...

As informações permitem pensar que o caminho, após 1990, ainda que pontuado por episódios de proteção social, tenha sido muito mais no sentido de abandono gradativo do keynesianismo e de adoção do neoliberalismo, conforme, inclusive, tendência global do sistema capitalista.

Segundo Wolfgang Streeck (2016), logo após a Segunda Guerra Mundial, firma-se um “pacto social” que reflete estado de equilíbrio entre a força de trabalho fordista e o grupo dirigente: as classes trabalhadoras organizadas aceitam o mercado capitalista e os direitos de propriedade em troca da democracia política, que permite seguridade social e aumento no padrão de vida (2016, pos. 1386). Os capitalistas, por seu lado, aceitam a elevação da carga

tributária do estado keynesiano como contrapartida pela “domesticação” dos trabalhadores.

Durante as décadas de 1950 e 1960, no contexto internacional, o pacto foi mantido. O Estado é visto como responsável pelo crescimento econômico, pelo pleno emprego e pela segurança social dos cidadãos. A carga tributária, principalmente sobre os capitalistas e suas empresas, permite a adoção de políticas na área de educação, habitação e saúde, por exemplo.

A partir da década de 1970, contudo, mudanças tecnológicas na esfera da produção de mercadorias modifica o equilíbrio de forças entre as classes sociais: as empresas capitalistas remodelam seus produtos e processos, com a ajuda da tecnologia microeletrônica, que encurta ciclos de produção e torna o trabalho mais dispensável (STREECK, 2016, pos. 1734). Aos poucos, assim, inicia-se um processo de substituição e de descarte do trabalhador humano, enfraquecendo suas classes.

Ao mesmo tempo, o setor financeiro do capitalismo se fortalece, reivindicando uma relação diferente com o Estado. As classes capitalistas, reorganizadas, recusam-se “a seguir no capitalismo pós-guerra”, procurando “escapar às obrigações sociais assumidas”. Durante a década de 1970, portanto, começariam movimento para “romper o contrato social pós-gerra” (STREECK, 2013, pos. 490, 545 e 658).

Seguindo o raciocínio de STREECK, a passagem do capitalismo keynesiano para o neoliberal ocorre por fases sucessivas. Primeiro, houve um movimento de supressão da inflação e de desregulação dos mercados (trabalho, bens, serviços e capitais). Consumada essa fase, houve um incentivo para o endividamento público do Estado, que cumpriria duplo papel: permitiria reduzir a carga tributária sobre os capitalistas e, ao mesmo tempo, geraria um mercado de crédito e títulos públicos interessante para o setor financeiro. Porém, o endividamento excessivo passa a gerar riscos de insolvência que, por sua vez, geram pressões para a adoção de políticas estatais de austeridade e de incentivo à privatização da segurança social (STREECK, 2013, pos. 662 a 807).

Voltando ao Brasil, a sequência da década de 1990 marca o rompimento de nosso problemático pacto social keynesiano e a

adoção de medidas que, embora com idas e vindas, consomem os três passos citados.

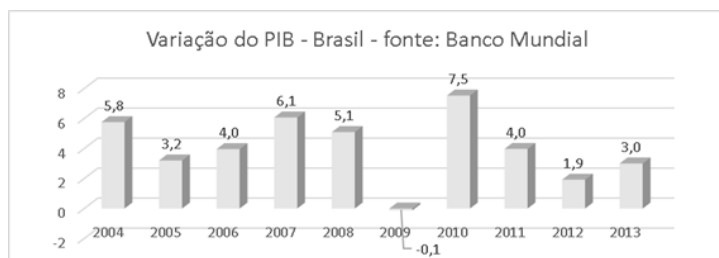
III.

Conforme os economistas Jorge Mattoso e Pedro Rossi, em artigo publicado no blog da Carta Capital em março de 2017 (<https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/o-o-credito-ainda-pode-favorecer-o-crescimento>), até o início dos anos 2000, apenas parcelas com as maiores rendas da população brasileira tinham acesso a bancos e ao crédito. O primeiro governo Lula promove uma ampliação no acesso bancário às camadas mais pobres, numa política de “bancarização”, mobilizando bancos públicos (Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil) e agências lotéricas. Esse movimento logo é seguido por bancos privados.

Na perspectiva dos autores, “o crédito possibilita uma ampliação autônoma da renda, uma vez que ele permite gastar além do limite da renda pessoal”. Com isso, aumentaria a demanda e estimularia o crescimento nacional. Geraria “consumo, investimento, emprego e renda”.

O fenômeno também pode ser visto como uma “financeirização” da economia. Acompanhada da massificação do consumo na economia brasileira, ocorrida durante o governo Lula, romoveu um crescimento econômico significativo, permitindo ao capitalismo “colonizar” segmentos pouco explorados no mercado nacional.

Salvo pelo ano de 2009, afetado pela crise global, o PIB brasileiro cresceu entre 2004 e 2013:



É interessante notar o peso do crédito nessa expansão. Conforme análises realizadas pela ANEFAC (www.anefac.com.br), até 2005 o crédito correspondia a menos de 30% do PIB brasileiro. Em 2006 e 2007, chega a 32% de nosso PIB. Alguns anos depois,

em 2012, o crédito ultrapassa os 50% do PIB, atingindo um pico de 55,3% em 2014.

ANO	PIB - CRÉDITO
2002	27,2%
2003	24,7%
2004	26,1%
2005	27,8%
2006	32,4%
2007	32,3%
2012	50,6%
2013	55,2%
2014	55,3%

Com pequenas variações nos dados, analisados em meses diferentes, podemos também considerar tabela publicada em estudo do DIEESE (<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2014/notaTec135Credito.pdf>) para demonstrar o crescimento nessa porcentagem:

ANO	PIB - CRÉDITO
2008	40,7%
2009	43,85%
2010	45,43%
2011	49,1%
2012	53,8%

Nos países centrais, a ampliação do crédito às pessoas físicas surge para compensar perdas salariais pós fordistas e a privatização de serviços públicos, que deixam de ser gratuitos. Esse contexto é chamado por Wolfgang Streeck de “keynesianismo privatizado”. Consiste na privatização e na individualização da responsabilidade, antes coletiva e assumida pelo Estado, pela segurança social.

Cada trabalhador torna-se responsável por sua saúde, educação e aposentadoria, consumindo esses serviços de empresas privadas. Ao mesmo tempo, há uma depreciação generalizada dos salários decorrente dos avanços tecnológicos. Com a desarticulação econômica da classe trabalhadora e sua atomização política,

desenvolve-se uma cultura consumista e um incompreensível entusiasmo pelo trabalho assalariado. O trabalhador deseja empregos melhores para poder consumir bens mais caros; enquanto isso, compra o que pode e, mediante obtenção de crédito, também o que não pode.

No Brasil, a qualidade dos serviços públicos sempre foi duvidosa. As privatizações ampliaram o alcance de certos serviços, como a telefonia, mas não melhoraram sua qualidade. Transformaram o telefone, na versão celular, em bem de consumo, desejado pelo trabalhador, que adquire o último modelo graças ao crédito.

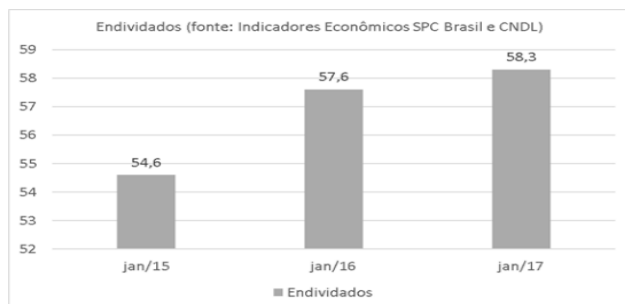
A saúde, precariamente prestada pelo Estado, passa a ser suplementada pela iniciativa privada. Empresas de planos de saúde oferecem acesso a médicos mediante pagamento mensal, mas a qualidade dos atendimentos, ainda que superior à saúde pública, fica longe da ideal.

Cabe ao trabalhador brasileiro pagar pelos serviços prestados deficientemente pelo Estado, como saúde e educação. Com a massificação da produção, passa a ter acesso a vasta gama de bens até então inacessíveis, como os eletrônicos. Tudo isso somente é possível graças à concessão do crédito, em sua versão “microcrédito”.

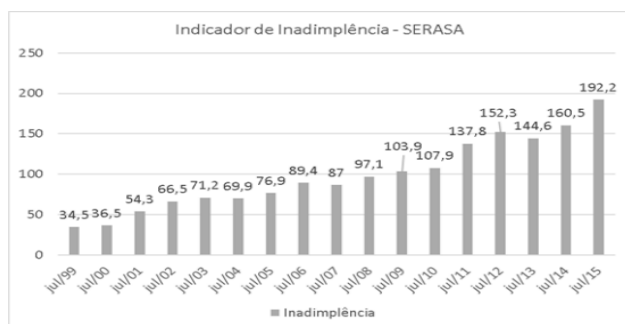
Tendo-se em vista o constante aumento de bens acessíveis ao trabalhador, além dos custos dos serviços essenciais, a consequência natural desse processo é seu endividamento e o colapso do modelo de crescimento econômico.

Notícia publicada em julho de 2015, no jornal O Estado de S.Paulo (p. A3, Editorial), intitulada “Uma nação de inadimplentes”, afirma que $\frac{1}{4}$ da população brasileira, ou 56,5 milhões de pessoas, estaria inadimplente. Isso geraria uma diminuição no consumo e uma diminuição no “padrão de vida”, pois haveria contenção no crédito. Em janeiro de 2017, o portal G1 veiculou notícia indicando que, em 2016, o país chegou a 58,3 milhões de inadimplentes (<https://g1.globo.com/economia/noticia/pais-fechou-2016-com-583-milhoes-de-brasileiros-inadimplentes-diz-pesquisa.ghml>).

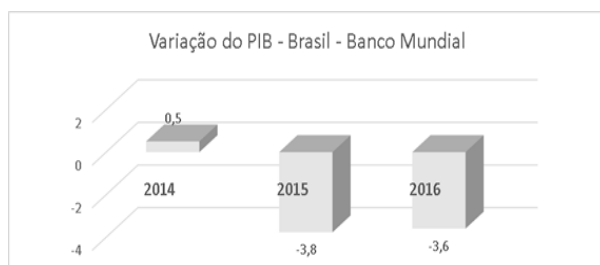
A fonte desses dados é o SPC Brasil. A tabela ilustra o aumento do endividamento nos meses de janeiro, de 2015 a 2017:



Conforme outra fonte, a SERASA, em junho de 2017 teríamos chegado a 60 milhões de endividados. Conforme índice dessa empresa, a inadimplência em nosso país subiu cerca de seis vezes entre julho de 1999 e julho de 2015 (Indicador Serasa Experian de Inadimplência do Consumidor – série histórica <http://noticias.serasaexperian.com.br/indicadores-economicos/inadimplencia-do-consumidor/>):



Um ciclo vicioso explode: o crescimento baseado no crédito é abalado pela inadimplência que, por sua vez, abala a concessão de mais crédito. As dívidas existentes não são pagas, menos dívidas novas são contraídas e a economia recua. Já em 2014 o PIB praticamente não cresce, estacionando em 0,5%. Nos anos seguintes, desastrosa queda:



Se voltarmos aos dados da ANEFAC, citado acima, o crédito em relação ao PIB se mantém estável em 2014 e começa a recuar a partir de 2015:

ANO	PIB - CRÉDITO
2012	50,6
2013	55,2
2014	55,3
2015	54,5
2016	51,9
2017	48,5

Justamente em 2015, ano do artigo de Gulisano, ocorre a definitiva virada negativa de nossa economia.

IV.

O que temos, então? O capitalismo brasileiro cresce, desde o governo Lula, entre outros fatores, levando bancos a classes sociais baixas e disponibilizando o crédito a elas. Esse movimento ocorre em paralelo à privatização da segurança social do trabalhador, empurrado para serviços privados de telefonia, de saúde e de educação.

Em 2013, contudo, protestos sociais reivindicam serviços públicos mais baratos e de melhor qualidade, ameaçando

questionar, ainda que de modo anárquico, o esvaziamento do Estado brasileiro e a perda de sentido dos espaços públicos. A desestabilização social ocorre simultaneamente ao colapso do crescimento econômico.

Inicia-se, aí, poderoso movimento para ocultar ideologicamente a política econômica neoliberal adotada pelos governos petistas, qualificando-a de desenvolvimentista e intervencionista, dissociando-a do modelo assumido nos anos 1990. Cria-se a falsa perspectiva de que o colapso decorre de pretensas atitudes estatistas, sobretudo durante o governo Dilma.

Porém, a crer na descrição de Streeck, o “rompimento do pacto social keynesiano”, iniciado na década de 1990 no Brasil, apenas continuou durante esses governos. Além do incentivo à financeirização da economia e da privatização da segurança social, também ocorre a crise tributária e fiscal do Estado. Essa crise começa com a recusa, por parte das classes dominantes, de continuar a repartir parte de sua riqueza por meio dos impostos.

Em um primeiro momento, o Estado, para desempenhar suas funções mínimas e suas funções sociais, precisa de empréstimos obtidos junto a instituições financeiras privadas. Depois, com o aumento dessa dívida e o rombo decorrente nas contas públicas, essas instituições começam a cobrar do Estado uma redução nessas suas funções sociais.

No Brasil, a situação complica-se com a formação histórica de uma classe dominante específica, a própria burocracia estatal, motivada pela obtenção de cargos e pela corrupção. Essa classe movimentava o Estado conforme seus próprios interesses e nunca permite que os serviços públicos se consumam de modo qualitativamente satisfatório ou que as políticas governamentais se efetivem sem um custo extra.

Nesse ambiente, portanto, atribui-se a culpa do endividamento estatal não à postura tributária mais egoísta das classes dominantes brasileiras, ou à maior ganância da elite burocrática, mas à malograda ideia desenvolvimentista do governo Dilma. Encontra-se o bode expiatório perfeito para ocultar a continuidade da financeirização e justificar, inclusive, a adoção de mais reformas de cunho neoliberal.

Mas, obviamente, o rombo fiscal não cessa. Notícia divulgada no jornal Folha de S.Paulo, em 11 de outubro de 2017 (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/10/1926116-brasil->

tera-a-12-maior-divida-do-mundo-em-2022-segundo-fmi.shtml), reproduz análise e prognóstico do Fundo Monetário Internacional sobre a dívida pública brasileira. Em 2015, chegou a 72,5% do PIB; em 2016, subiu a 78,3%, tornando-se a 40ª maior do mundo. Em 2022, mantido o ritmo atual, chegaria a 96,9% do PIB, subindo ao 12º lugar.

A reportagem menciona outra fonte, a Instituição Fiscal Independente (IFI), órgão do Senado Federal, com perspectiva ainda pior: a dívida bruta do governo superaria o PIB nacional já em 2020, antes, portanto, do previsto pelo FMI.

Claro que o jornal aponta a medida ideologicamente esperada para evitar esse crescimento: “a reforma”. Publica-se fala de Oya Celasun, chefe da divisão de Estudos Econômicos Mundiais do FMI, dizendo que o próximo passo seria “aprovar a reforma da Previdência em um tempo razoável, sem muitas diluições a partir do que foi proposto pelo governo”.

A solução, portanto, não passa, aos olhos do jornal e do FMI, pela tributação das grandes fortunas, nem pela redistribuição de renda, menos ainda pela renovação da classe política. Mas pela eventual supressão do direito à aposentadoria dos trabalhadores...

Nosso direito tributário não cumpre sua função social. O Estado brasileiro continua sem consumir o ideal redistributivo. Passa longe de tocar em nossa imensa desigualdade social. Esse fracasso, pois, começa numa tributação desproporcional ao rendimento. Quem possui os maiores rendimentos paga menos tributos.

Conforme dados da Receita Federal, relativos ao ano de 2015, publicados pelo jornal Valor Econômico em maio de 2017 (<http://www.valor.com.br/brasil/4964004/super-ricos-pagam-9-de-imposto-e-ricos-12-diz-receita>), pessoas com renda mensal de R\$ 135 mil, correspondentes a 0,1% de nossa população que declara imposto de renda, pagam, em média, 9,1% de imposto. Já pessoas com rendimento mensal de R\$ 34 mil, pagam média de 12,4% de imposto de renda.

Essa distorção se justifica, conforme o secretário da Receita Federal, pela proporção de rendimentos isentos dos mais ricos: 41% da renda bruta dessas pessoas. Se olharmos para a fatia inferior de 50% dos declarantes, que possuem renda de até R\$ 2.812, 49% de seus rendimentos são isentos.

O jornal O Globo, em 12 de outubro de 2017 (*Mais renda, menos imposto*, Economia, p. 15), divulgando dados de pesquisa do IPEA sobre rendimentos anuais, chega a constatações parecidas. O valor da porcentagem de imposto paga sobe até 12% para quem recebe até 325 mil reais por ano. Acima desse valor, a porcentagem cai incessantemente, até chegar a meros 7%, para aqueles que recebem mais de 1 milhão e trezentos mil reais por ano.

Segundo gráfico publicado na reportagem, a camada populacional dos 10% mais pobres gastaria 53% de sua renda familiar para pagar tributos diretos e indiretos. Já os 10% mais ricos, por seu lado, gastariam 23% de sua renda para pagar tais tributos. Citando livro organizado por pesquisador do IPEA, destaca o jornal: “o sistema tributário brasileiro concentra renda no país, que é um dos 15 mais desiguais no mundo”.

Como consequência ao esvaziamento político do sistema tributário brasileiro, ele não contribui para o combate à desigualdade social. Estudo do World Wealth and Income Database, dirigido pelo economista Thomas Piketty, divulgado pelo jornal Folha de S.Paulo em setembro de 2017 (<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1916858-desigualdade-no-brasil-nao-caiu-desde-2001-aponta-estudo.shtml>), aponta que a desigualdade de renda no Brasil, entre 2001 e 2015, não caiu e “permanece em níveis ‘chocantes’”.

Em 2001, os 10% mais ricos concentravam 54% da renda nacional; em 2015, concentravam 55%. O crescimento econômico brasileiro ocorrido nesse período foi “capturado” pelos 10% mais ricos: abocanharam 61% dessa expansão. A metade mais pobre da população, que em 2015 possuía apenas 12% da renda nacional, foi beneficiada com 18% de nosso crescimento econômico. Ou seja, sua situação, no período, melhorou apenas 1%. De certa forma, a desigualdade se manteve nos últimos quinze anos.

Pelo menos, se compararmos nossos países a outros, ela não aumentou. O jornal O Estado de S.Paulo publicou relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em julho de 2015 (edição de 24/07/2015, Editorial, p. A3) indicando aumento da desigualdade social nos países desenvolvidos.

Em 1980, nesses países centrais, os 10% mais ricos ganhavam 7,1 vezes mais do que os 10% mais pobres; em 2015, os 10% mais ricos passaram a ganhar 9,7 vezes mais do que os 10%

mais pobres. Além disso, os 40% mais pobres possuem apenas 3% do patrimônio de seus países, enquanto os 10% mais ricos possuem 50% desse patrimônio.

A conclusão do relatório é meramente em termos econômicos: a desigualdade estaria prejudicando o crescimento econômico. A estimativa é que o PIB dos países analisados poderia ter crescido mais 4,7 pontos percentuais entre 1990 e 2010, não fosse a desigualdade.

O editor do jornal conclui: “a desigualdade social freia o crescimento econômico. E a falta de crescimento econômico aumenta a desigualdade. Ou seja, já não há incompatibilidade entre o desenvolvimento social e o econômico”. Infelizmente, todavia, essa última conclusão não se aplicou a nosso país: conforme o relatório citado acima, houve grande crescimento econômico sem diminuição da desigualdade.

V.

O capitalismo cresce incluindo novos elementos nos dois momentos básicos de seu ciclo, a produção e o consumo. O microcrédito permitiu a expansão da economia brasileira pela inserção de mais gente na esfera do consumo. Até seu colapso, essa expansão exigiu, também, a inserção de mais trabalhadores formais na economia.

De 2002 a 2013, o balanço anual sempre foi positivo, criando-se entre cerca de 1 milhão de vagas anuais até um pico, em 2010, de mais de 2 milhões de vagas, conforme gráfico do jornal O Globo

(fonte: <http://infograficos.oglobo.globo.com/economia/mapa-do-emprego-formal-em-2016.html>). Em 2014, o número de vagas criadas cai a 400 mil. E o resultado torna-se deficitário em 2015 e 2016: 1 milhão e 500 mil vagas fechadas no primeiro ano e 1 milhão e 300 mil fechadas em 2016.

Olhando para os municípios brasileiros em 2016, 3.200 cidades perderam vagas formais de trabalho em 2016. Apenas dez cidades ganharam vagas de trabalho. A pior situação foi das grandes metrópoles, a começar por Rio de Janeiro e São Paulo.

Ou seja: por um lado, mesmo enquanto a expansão do crédito permitiu à economia brasileira crescer, gerando mais empregos, não houve redução na desigualdade, mas manutenção; por outro lado, depois da crise e potencial colapso do modelo, a economia

deixa de crescer, empregos são perdidos e tende a haver um aumento na desigualdade.

O ponto crucial é que chegamos a uma fase na economia capitalista em que, contrariando o desejo do relatório da OCDE, torna-se irrelevante para a classe capitalista se a desigualdade social diminui ou não. Fundamental é aumentar seus lucros, numa lógica cega que pode levar ao colapso global do sistema. Como citado, o “pacto social” foi rompido.

Desde o final do século XIX, percebe-se que a fase da produção capitalista industrializada pode crescer com a inserção de novos elementos não humanos: a eletricidade, a linha de produção, a gestão racional... No final do século XX, a partir dos anos 1970, a tecnologia começa a permitir o descarte definitivo do trabalhador industrial. Aos poucos, também o prestador de serviços começa a ser substituído por robôs e programas de computador. Por fim, desde 2010, esses elementos substituem gradativamente o profissional liberal.

Como já destacado, esse processo enfraquece politicamente as classes trabalhadoras. Além disso, permite um aumento na produtividade superior a qualquer incremento visto antes. Também gera uma diversidade de novos produtos, como os digitais e aqueles ligados à tecnologia, que expande o alcance das relações capitalistas. Muitas coisas fora do mercado, algumas até então inexistentes, tornam-se mercadorias que movimentam bilhões.

Para que esse crescimento na produção seja real, é necessário efetivá-lo no momento do consumo. As empresas globalizam seus lançamentos e colonizam os mercados periféricos com voracidade. Aqui entramos nós, cujos governos preparam terreno para essa colonização, privatizando serviços públicos e disponibilizando o crédito à população.

Mas ainda há um aprisionamento a essa lógica capitalista: o consumo de massa precisa ocorrer. E como aumentá-lo se a tecnologia não consegue criar novos postos de trabalho na mesma proporção em que elimina antigos? Como propiciar renda ao extrabalhador?

Simultaneamente, avança o capitalismo financeiro, transformando o capital abstrato no grande multiplicador das riquezas já concentradas. Novos produtos financeiros, que podem prescindir do trabalhador humano para serem gerados e, finalmente, podem prescindir do consumidor massificado para

gerarem o lucro, são inventados. Nesse momento, a vida ou a morte do ex-trabalhador torna-se indiferente ao capitalista.

Sintomática é a notícia publicada em agosto de 2017, no jornal O Globo (<https://oglobo.globo.com/economia/bancos-estao-entre-os-setores-que-mais-demitiram-no-ano-21723922#ixzz4tYnUxz1C>), afirmando que os bancos foram um dos setores que mais demitiram no ano ao mesmo tempo em que mantiveram lucros bilionários.

Em 2017, foram fechados mais de dez mil postos de trabalho, 53,6% a mais do que em 2016. Também ocorre uma redução no número de agências: de 23.126 em 2014 para 21.560 em 2017. Ainda assim, no primeiro semestre de 2017 o Itaú lucrou mais de 12 bilhões de reais; o Bradesco, mais de 8 bilhões; O Banco do Brasil, mais de 5 bilhões; e o Santander, mais de 4,5 bilhões. Somados, lucraram cerca de 30 bilhões de reais cortando as citadas mais de dez mil vagas.

Talvez a crise não seja para todos. Talvez a crise não seja derivada de um modelo econômico jamais adotado pelos últimos governos. Talvez a crise seja derivada justamente da financeirização da economia. E se assim for, a política neoliberal vigente desde a década de 1990 significa a expansão de um setor (o financeiro) ainda que em detrimento dos demais e causando a manutenção ou o aumento da desigualdade.

No caso brasileiro, não se pode negligenciar também a expansão da elite burocrática, ocupando novos postos no Estado, muitos deles criados exatamente para acomodar seus quadros e permitir a continuidade no poder do partido então hegemônico. É preciso não confundir, pois, as coisas: o Estado brasileiro cresce após 2008, assim como a economia crescera antes. Mas cresce para beneficiar a elite burocrática, assim como a economia cresceu sem eliminar a desigualdade.

Quando se fala em programas de crescimento ou em atuação estatal na economia durante o último governo Lula e o governo Dilma, silencia-se que a atuação estatal foi prontamente capturada pelos partidos que formavam a obscura coalizão de governo. Por detrás da ideologia desenvolvimentista criada pelos próprios governos petistas, estava o presidencialismo de coalizão inviabilizando uma verdadeira política econômica.

E assim voltamos a 2015, aos pobres rinocerontes mercantilizados na África, à opinião do cientista político criando

um *case* fantasioso para justificar o neoliberalismo e a uma constante busca, sobretudo após a posse do governo Temer, do ocultamento da prevalência do neoliberalismo e da elite burocrática no governo.

Um artigo tão superficial quanto o de Gulisano é publicado por enquadrar-se no espírito de seu tempo: a defesa irrestrita da lei da oferta e da demanda. Na sequência, busca-se consumir o ocultamento.

Em 13 de outubro de 2017, outro cientista político, Bolívar Lamounier, no mesmo O Estado de S. Paulo (<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,social-democracia-versus-liberalismo,70002041652>), afirma que, no Brasil, “os ideais da social-democracia só podem ser realizados com base em instrumentos que tendem ao liberalismo”. Juntando Lula e Dilma, diz não compreenderem “os instrumentos de que dispomos para repor o País nos trilhos: equilíbrio fiscal, abertura da economia, privatizações, forte investimento estrangeiro na infraestrutura, ênfase no mérito, uma reforma enérgica na administração pública, apoio à pequena e média empresa e, last but not least, uma revolução educacional”.

Ora, então precisamos saber que social democracia é liberalismo? Os governos petistas teriam pecado por querer fazer uma social democracia que não fosse liberalismo... Na verdade, nem uma coisa, nem outra. Nem social democracia é liberalismo, nem os governos Dilma e Lula ultrapassaram o presidencialismo de coalizão e se tornaram social democratas.

Como pretende deixar claro o economista Rogério Furquim Werneck, em artigo publicado simultaneamente pelo O Globo (edição de 20/10/2017, p. 12) e pelo O Estado de S. Paulo (edição de 20/10/2017, p. B6), haveria “evidências de um movimento revisionista, empenhado em recontar a história recente do país”. Porém, o próprio economista é mais um autor desse revisionismo.

O revisionismo estaria em tentar separar os governos Lula e Dilma, “para tentar aliviar, em alguma medida, o ônus político da responsabilização dos governos petistas pelo descalabro econômico e social que hoje se vive”. A política econômica começada em 2006, acentuada em 2008, durante o governo Lula, portanto, “foi o inexorável desenrolar do desastre, como num grande acidente ferroviário filmado em câmera lenta”. O economista está, a seu

modo, revisando a história ao pretender que essa política econômica tenha se efetivado.

Temos aqui duas coisas a dizer sobre o artigo: primeiro, explicita-se o inexplicável grande medo que o nome de Lula passou a causar nas elites nacionais, mesmo após um governo amplamente benéfico aos 10% mais ricos, ao setor financeiro e à classe burocrática. Busca-se neutralizá-lo eleitoralmente. Segundo, precisamos devolver a natureza aos rinocerontes e os rinocerontes à natureza.

Referências

GERBAUDO, Paolo. *The mask and the Flag: populism, citizenism and global protest*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

HARRIS, Jerry. *Global Capitalism and the Crisis of Democracy*. Atlanta: Clarity Press, 2016.

STREECK, Wolfgang. *How will capitalismo end?: essays on a failing system*. New York: Verso, 2016.

STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado – a crise adiada do capitalismo democrático*. Coimbra: Conjuntura Atual Editora, 2013.

WALLERSTEIN, Immanuel; COLLINS, Randall; MANN, Michael; DERLUGUIAN, Georgi; CALHOUM, Craig. *Does Capitalism Have a Future?* New York: Oxford University Press, 2013.

WOLFF, Richard D. *Capitalism's Crisis Deepens – essays on global economic meltdown*. Chicago: Haymarket Books, 2014.

PARTE II

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO

PEMEDEBISMO, LULISMO E PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO: ANÁLISE DO PROCESSO DE IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF¹

Yasmin Commar Curia*
Murilo Gaspardo**

Introdução

Atravessamos a mais grave e duradoura crise política e econômica desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O marco fundamental desse processo foi o impeachment da Presidente Dilma Rousseff (PT) – apontado por seus defensores como a solução para o impasse político, a estagnação econômica e a corrupção, e compreendido por seus críticos como um golpe contra a democracia. Afinal, o impeachment foi legal? E legítimo? Responder a essas questões é fundamental para compreendermos o processo em si mesmo, seus desdobramentos e conjecturar sobre o futuro da democracia e do Estado de Direito no Brasil.

Não há resposta única ou neutra sobre questões dessa natureza, o que não nos autoriza a deixarmos de enfrentá-las. Assim, este trabalho tem como objetivo oferecer uma contribuição para o debate, a partir de uma análise rigorosa do processo de impeachment no Congresso Nacional, bem como sobre os processos correlatos que tramitaram perante o Supremo Tribunal Federal o que, na medida do possível, conferirá objetividade às suas conclusões, as quais, todavia, apresentarão um caráter inerentemente político.

¹ Artigo elaborado a partir do relatório final de pesquisa de Iniciação Científica com Bolsa do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Processo N.º 37294/2016.

* Discente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca – SP. Bolsista PIBIC/PROPE

** Professor de Teoria do Estado e Ciência Política do Departamento de Direito Público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Campus de Franca – SP. Doutor e Mestre em Direito do Estado, e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Como suporte teórico, além da delimitação dos conceitos de legalidade e legitimidade, tomamos três das categorias mais utilizadas pela Ciência Política para explicar o funcionamento das instituições políticas brasileiras pós-1988: “presidencialismo de coalizão”, forjado por Sérgio Abranges e desenvolvido em diversos estudos empíricos, principalmente por Argelina Figueiredo e Fernando Limongi; “lulismo”, proposto por André Singer; e “pemedebismo”, formulado por Marcos Nobre. Inclusive, o atual momento político provoca questionamentos decisivos sobre a permanência da validade explicativa desses conceitos. Seria o impeachment de Dilma Rousseff uma demonstração de completo esgotamento do “presidencialismo de coalizão”? A crise ética e política do PT e os processos criminais enfrentados pelo Presidente Lula, anunciam o fim do “lulismo”? A crise de representatividade e legitimidade das instituições políticas parecem levar a uma exacerbação do “pemedebismo”, mas seria isso um sinal da iminência de sua morte e do advento de uma nova cultura política no Brasil?

As técnicas empregadas para o desenvolvimento desta pesquisa foram a revisão bibliográfica e a análise documental, sendo que esta compreendeu: os documentos pertinentes à tramitação do processo no Congresso Nacional, acórdãos do Supremo Tribunal Federal referentes à matéria, além de notícias e pesquisas de opinião divulgadas na mídia sobre o assunto.

1. Conceitos e categorias fundamentais

No Estado de Direito, compreendido como “um tipo de Estado que adota uma forma de organização estatal de natureza política e jurídica, na qual o poder do Estado se encontra limitado pelo direito, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais” (RANIERI, 2013, p. 196), o exercício do poder deve atender a dupla exigência de legalidade e legitimidade o que, contemporaneamente, só é possível em um regime democrático.² A

² Na concepção liberal-elitista de Schumpeter (1984), a democracia é reduzida à competição entre elites políticas, ou seja, à disputa competitiva pelo voto popular, sendo esta a única forma de participação dos cidadãos. Robert Dahl (1915-2014), por sua vez, sem abandonar a concepção minimalista, elenca uma série de requisitos necessários para a caracterização de um regime como uma poliarquia, em oposição aos de hegemonia política (visto que entende que não é

legalidade exige que o poder no âmbito do Estado seja exercido em obediência à Constituição e às leis, bem como que existam instrumentos institucionais aptos a controlar sua legalidade. Já a legitimidade remete ao problema da justificação do poder, ou seja, à pergunta “por que devemos obedecer?” O tema é bastante controvertido.

Beetham (1991), por exemplo, compreende o processo de legitimação com enfoque na manifestação de consentimento por meio das eleições. Faria (1976, p. 18), por sua vez, entende que o consentimento não deve ser o único critério observado no processo de legitimação, seja porque é cada vez mais difícil de ser obtido na moderna sociedade de massas, seja porque se corre o risco de aceitar como legítimo um governo que consiga preservar seu poder sem a devida observação dos métodos democráticos. Já Comparato (2006, p. 603-606) afirma que a observância aos requisitos formais e materiais, concomitantemente, é pressuposto para que o exercício do poder seja considerado legítimo. Em outras palavras, deve ser observada a harmonia entre os fundamentos éticos e a aprovação popular. Nesse sentido, a proteção dos direitos humanos pode ser compreendida como o fundamento material e a soberania popular, como fundamento formal da legitimidade do poder no Estado democrático de direito. Corroborando essa ideia, Luigi Ferrajoli (2006, p. 817) julga insuficiente a mera observância dos requisitos formais, pois o principal fundamento da legitimidade, na sua perspectiva, repousa na capacidade do Estado em atender aos interesses dos representados. Algo que não poder ser determinado a priori. O que significa dizer que a obtenção do poder por meio das eleições, ainda que observados todos os requisitos do procedimento, não serão suficientes para legitimar o seu exercício. Com efeito, Luigi Ferrajoli (2006, p. 867) defende que “um sistema

possível haver propriamente uma democracia no contexto das complexas sociedades industriais), como por exemplo: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, fontes alternativas de informação, elegibilidade para cargos políticos, eleições livres e idôneas etc. O formalismo desta concepção de democracia, sua incapaz de assegurar que a igualdade perante a lei se concretize como efetiva igualdade política, a redução da participação ao processo eleitoral, dentre outros fatores, fundamentam uma série de críticas e a formulação de modelos alternativos ou complementares, como a democracia participativa (cf., por exemplo, Boaventura de Sousa Santos, 2002).

jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”. Esses critérios, como veremos, constituem parâmetros fundamentais para avaliar a legalidade e a legitimidade do processo de impeachment de Dilma Rousseff.

Além desses conceitos, a primeira categoria analítica especificamente relevante para este estudo é o “presidencialismo de coalizão”, forma peculiar de concretização do presidencialismo em um contexto de multipartidarismo como o brasileiro. De acordo com Abranches (1988, p. 8, 21-22, 32), a necessidade de formação de coalizões reflete justamente a “fragmentação da composição das forças políticas representadas no Congresso e da agenda inflacionada de problemas e demandas impostas ao Executivo”, especialmente porque a estabilidade e a governabilidade dependem da formação de alianças e de maior capacidade de negociação. Contudo, a formação de coalizão não é vista pelo autor como a solução para o problema, antes, é expressão das dificuldades enfrentadas pelo presidente para governar, sobretudo, em virtude do conflito existente entre o Executivo e o Legislativo. Melhor dizendo, o problema não está nem no nosso regime de representação (presidencialista) nem no nosso sistema partidário (proporcional), mas sim na “incapacidade de nossas elites em compatibilizar nosso formato institucional com o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual de nossa ordem social”. Daí a especificidade do Brasil: “o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o presidencialismo, organiza o Executivo com base em grandes coalizões”. Em tempos de crise, é comum que aja o rompimento nas coalizões, o que “desestabiliza a própria autoridade presidencial”. Assim, são necessários mecanismos institucionais que “regulem” estes conflitos, promovendo soluções parciais e estabilizando a aliança através de “acordos” setoriais de ampla legitimidade. Entretanto, diversos estudos empíricos demonstraram que, não obstante este quadro de fragmentação partidária, o poder de agenda do Presidente da República conferido pelos institutos da Medida Provisória e do pedido de votação das proposições em regime de urgência e a concentração do processo decisório no Congresso Nacional concentrado nos líderes partidários, combinado com a “patronagem”, permitiram tanto a

governabilidade como um papel relevante do Congresso na definição das políticas governamentais.³

Todavia, essa forma de construir a coalizão governamental compromete a autenticidade da democracia brasileira, pois, como ressalta Marcos Nobre (2013), nos últimos vinte anos o sistema político estabeleceu uma “blindagem contra a sociedade”, a qual é fruto de um fenômeno que o autor denomina de “pemedebismo” (em homenagem ao PMDB, partido que liderou a transição para a democracia). Trata-se de um “acordo de governabilidade” realizado por meio da construção de “esmagadoras maiorias suprapartidárias” no Congresso Nacional, o qual busca, além de blindar o governo contra as pressões das ruas, “bloquear movimentos como o do impeachment” de Collor. Em última análise, o que se pretende é preservar o sistema e bloquear grandes transformações sociais.⁴

Enfim, destacamos o conceito de o “lulismo” que, de acordo com André Singer (2013), consiste na mudança do perfil do eleitorado petista, cuja base a partir da eleição de Lula em 2002 e, sobretudo na sua reeleição e nas eleições de Dilma Rousseff, passou a ter como componente majoritário o grupo social de baixa renda que denomina de subproletariado, o qual apresentou relevante ascensão social nos anos do governo petista, dentro de um projeto reformista (frágil) ancorado em um “pacto conservador” com as elites brasileiras.

2. Impeachment: características fundamentais do instituto

No regime presidencialista, diferentemente do parlamentarista, via de regra, o Chefe do Poder Executivo não pode

³ Cf. Limongi e Figueiredo, 1988, 2001, 2003, 2008.

⁴ De acordo com Marcos Nobre (2013), as revoltas de junho de 2013 representaram um momento em que essa blindagem foi rompida, com a exigência de aprofundamento da democracia e explicitação de que o “funcionamento do sistema está em descompasso com as ruas”, pois “a sociedade alcançou um grau de pluralismo de posições e tendências políticas que não se reflete na multidão informe de partidos”. Isto porque, “quase todo partido brasileiro pretende, no fundo, ser – grande ou pequeno – um PMDB, ou seja, um amálgama de interesses que sempre está no governo, qualquer que seja o governo”. Neste sistema, não há “real polarização de posições política, mas acomodação amorfa”.

ser destituído por um ato discricionário do Legislativo. As possibilidades de afastamento, contudo, existem e o processo de impeachment, regulado devidamente na lei, atua nesse sentido.

Em que pese o instituto do impeachment ser originário do regime inglês, o processo, por ser considerado demasiado longo, deixou, aos poucos, de ser aplicado. Isso porque, no período que sucedeu a Revolução Gloriosa, o Parlamento adquiriu posição de destaque e força política, de maneira que conseguia pressionar os ministros a se demitirem quando não correspondessem à sua posição política predominante. A partir daí, a responsabilidade do Gabinete deixou de ser apurado por meio das delongas de um processo com características judiciais, passando a operar-se em termos de confiança política. Foi assim que surgiu a responsabilidade política do gabinete, sob o conhecido “voto de desconfiança”. Com isso, então, reduziu-se o uso do aludido instrumento até que, em 1806, não mais houvesse registro (BROSSARD, 1992, p. 30).

Apesar de o impeachment ser uma criação do parlamentarismo inglês, foi, no presidencialismo norte-americano que ganhou seus moldes constitucionais contemporâneos. Por isso, é tão importante o seu estudo, ainda mais porque a experiência norte-americana foi a fonte de inspiração da Constituição brasileira de 1891, a primeira a introduzir o instituto no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, a Constituição americana de 1787 consagrou o instrumento do impeachment, mais especificamente, em seu art. 1º, seção 2. Entre as suas características básicas ressaltamos o alcance limitado quanto às pessoas, restrito no que concerne às sanções, desvestido do caráter criminal, outrora dominante (BROSSARD, 1992, p. 32). Interessante destacar, nesse sentido, que, na Convenção da Filadélfia, tiveram a preocupação de definir as ofensas que poderiam resultar em um processo de impeachment, de modo a evitar que aquelas não tão graves configurassem motivo para sanção tão severa. Por isso, a princípio, apenas uma ofensa pública gravosa o suficiente para prejudicar o Estado poderia ensejar um processo de impeachment (FIRMAGE, 1973, p. 9).

De acordo com as regras do ordenamento americano, a competência de indicar o cometimento de crime de responsabilidade pertence à Câmara dos Representantes (The House of Representatives) e a competência de julgar o processo de

impeachment, conforme consta no art. 1º, seção 3, item VI da Constituição norte-americana, é de competência exclusiva do Senado, representado por dois terços de seus membros. E, no caso de o sujeito passivo ser o Presidente da República, o processo é presidido pelo presidente da Suprema Corte.

Por meio desse instituto, os “Fundadores” conseguiram consagrar o sistema de freios e contrapesos, já que funciona como uma verdadeira “arma parlamentar” de controle sobre os atos do Executivo. Nem por isso foi utilizado de maneira desmedida e sem critério. Com efeito, da promulgação da Constituição de 1787 até o presente século, apenas 17 agentes públicos chegaram a sofrer esse tipo de processo, sendo 13 juízes, 1 ministro, 1 senador e 2 presidentes, já que o presidente Richard Nixon renunciou antes da efetivação. Na contramão da experiência norte-americana, o Brasil já soma dois casos recentes de destituição de Presidente da República por impeachment: Fernando Collor em 1992 e Dilma Rousseff em 2016 – dois dos quatro presidentes eleitos pelo voto popular após a Constituição de 1988.

No Brasil, o instituto do impeachments esteve presente em todas as constituições republicanas. Na Constituição de 1891, manifestou-se, com clareza, a influência do modelo norte-americano, especialmente no que se refere à sua natureza política (não criminal) e ao elenco de um rol taxativo infrações que podem ensejar o processo, denominadas de “crimes de responsabilidade” (embora não tenham natureza criminal).

Tais “crimes” foram definidos, em 1950, pela lei infraconstitucional de número 1079, cujo projeto de lei tramitou no Congresso em um período em que estava em vigor o debate sobre o sistema de governo. Por isso, Queiroz (2015) destaca a influência do parlamentarismo sobre o aludido projeto, sobretudo, porque um grande entusiasta da implantação do parlamentarismo no Brasil, estava por trás do projeto: Raul Pilla. Trata-se, portanto, de uma norma criada em um momento de grande discussão e entusiasmo sobre o sistema parlamentarista de governo. Soma-se a isso a recém-saída ditadura varguista que ensejou uma maior preocupação acerca dos limites dos poderes do Presidente da República. Enfim, a lei em questão traz aspectos do parlamentarismo, sobretudo, no que se refere à ampla responsabilização e a intenção de seus idealizadores de garantir um mecanismo para a substituição de “um funcionário por outro melhor”.

O viés histórico, segundo Queiroz (2015), permite entender o “desacordo” existente entre a Lei n. 1.079/50 e a Constituição de 1988 e a conseqüente insegurança que paira sobre o procedimento do impeachment. Desacordo porque enquanto a Carta Magna estabelece, como sistema de governo, o presidencialismo com mandado fixo, prescrevendo que as autoridades sujeitas ao impeachment só podem ser afastadas em casos excepcionais, a lei disciplinadora não traz casos tão excepcionais assim.

Britto (2015) entende que a lei especial demandada pelo parágrafo único do art. 85 da Constituição Federal “somente é passível de boas-vindas pela Constituição na medida em que interpretada conforme a Constituição”. Ou seja, a lei 1.079/50, assim como as outras leis infraconstitucionais, devem ser interpretadas com fundamento na Constituição, não o contrário. A seu ver, é indispensável que assim o seja para se evitar que “um equivocado trato interpretativo da matéria termine por desaguar num mal disfarçado mecanismo de recall que o sistema brasileiro não abriga”, assim como não abriga o parlamentarismo com seu voto de desconfiança. Na verdade, é bem mais complexo do que isso, já que está em jogo a chefia do governo e a chefia do Estado.

Ocorre que, mesmo diante das críticas, a Constituição de 1988 recebeu boa parte dessa lei, referenciada como “lei especial” em seu Art. 85, Parágrafo Único. Ou seja, em que pese as críticas, é ela que regula os processos de impeachment. Por isso, entendemos ser indispensável não perder de vista que a Constituição Federal de 1988 tem um compromisso com o Estado Democrático de Direito. Assim, ao mesmo tempo que o Presidente da República não pode deixar de responder por eventuais ilicitudes, seu julgamento não pode ocorrer em desacordo com os princípios constitucionais. Nesse ínterim, a atenção às regras do procedimento, bem como à tipificação do “crime” de responsabilidade é fundamental para que um instrumento tão excepcional não seja utilizado, por exemplo, para tentar contornar o resultado das eleições.

3. O contexto político do impeachment da Presidente Dilma Rousseff

A compreensão do contexto político em que ocorreu o impeachment da Presidente Dilma Rousseff exige que retomemos a

ideia de “pemedebismo”. Como observa Nobre (2013), a democracia brasileira ainda é pouco democrática de fato, dentre outras razões, porque a unidade forçada contra a ditadura militar ensejou o fenômeno do pemedebismo, cuja característica mais marcante é estar no governo, independentemente de qual seja o governo que está no poder, organizado na forma de um superbloco parlamentar. Tal lógica, segundo o autor, engendrou o sistema de vetos, o qual mantém o status quo, impedindo a alteração na correlação de forças. Nesse sentido, de acordo com sua análise, no período que sucedeu o escândalo do “mensalão” em 2005, o Governo Lula, representante por excelência do antipemedebismo, viu-se sucumbir ante a ideia de supermaioria parlamentar. Com isso, completou-se o desenvolvimento das ferramentas de blindagem pemedebistas.

Outro elemento fundamental foram as “manifestações de junho de 2013”. Estudando a composição desses protestos, Singer (2013, p. 27, 34 – 35) identificou uma extração predominante de jovens e adultos de classe média. De outro lado, observou uma forte presença do “precariado”, também composto por jovens e adultos, porém representantes da massa formada por trabalhadores desqualificados e semiqualeificados. Desse cenário, concluiu que as manifestações de junho mostraram uma nova composição da participação social. A partir de então, esse tipo de manifestação adquiriu “um viés oposicionista que não tinha antes, tanto ao Governo Federal, quanto aos governos estaduais e municipais”. Ademais, a participação da classe média trouxe uma temática que se estendeu a outras manifestações, como nas ocorridas no início do ano de 2015, no segundo mandato do governo Dilma. Trata-se do sentimento anticorrupção, identificado pelo autor como a “arma favorita da oposição”, pois, em primeiro lugar, associa o fenômeno a um partido em especial para, depois, convencer as massas, iludidas pelo senso comum, que tal partido é responsável por todas as carências sociais. Dessa forma, consegue atrair uma ampla gama de pessoas a ser manifestar contra o Governo Federal.

Nesse diapasão, os dados apresentados por Avritzer (2016, p. 105) são esclarecedores: “nas manifestações de junho, as pessoas identificadas com a classe média através de um critério de renda representaram 23% dos participantes. O número cresceu nas manifestações de março de 2015 e alcançou a marca de 41%”. Corroborando essa ideia, o autor ainda afirma que os índices de

confiança no governo caíram principalmente entre os indivíduos de classe média dos grandes centros urbanos, sendo esta a responsável pela derrota da Dilma nas principais capitais do Sudeste. Segundo os dados do Datafolha, 65% do eleitorado das eleições de 2014 podia ser considerado como de classe média. Na região Sudeste, esse percentual correspondia a 59% dos eleitores.

Nesse sentido, é possível afirmar que a intensificação das manifestações contra o Governo Dilma englobou não só a polarização do país em questões importantes ensejadas pelas eleições de 2014, como também por conta do pemedebismo.

Com efeito, em 8 dezembro de 2014, na pesquisa realizada pelo Ibope, a mesma classe média que havia derrotado Dilma nas principais capitais do Sudeste expressou sua desconfiança em relação à democracia. Por fim, também se organizou para bater panelas e se manifestar em março, abril e agosto de 2015. Por isso que se entende que as manifestações de março de 2015 repetiram e acentuaram alguns padrões de junho de 2013. Não só em relação à participação de classe média, mas também em relação às agendas conservadoras e ao inconformismo ante a corrupção. A propósito, de acordo com Souza (2016, p. 101), a derrota de Aécio Neves nas eleições de 2014, na verdade, retomou o movimento que já havia se formado nas manifestações de 2013, culminando na aliança entre a mídia, o Congresso e o aparelho jurídico-policial do Estado.⁵ Tanto é que a vitória eleitoral de Dilma Rousseff nas eleições de 2014 não garantiu a governabilidade para o seu novo mandato.

Aos poucos, a classe média enxergou nas manifestações uma forma de garantir a manutenção de seus interesses. Em mostrar que

⁵ Em entrevista ao Instituto Humanitas Unisinos (2016), Moreira ressaltou que a conjuntura que precedeu o impeachment da Presidente Dilma Rousseff seguia um roteiro por todos conhecido, o qual envolvia uma aliança entre o Judiciário, o Ministério Público, a polícia e a mídia, com o propósito de obter apoio de parcelas da população às fases da Lava Jato. Para, a partir disso, estabelecer uma “supremacia de justiça criminal sobre a democracia”. A seu ver, o modo pelo qual a Lava Jato se guia acaba legitimando o desapego à Constituição e ao devido processo legal à medida que há uma incorreção nos procedimentos, pautada pela ausência de distinção entre os que investigam, os que acusam e o que julga. E completa dizendo que a ampla defesa é desrespeitada, os advogados são criminalizados, a presunção de inocência inexistente, os direitos fundamentais dos acusados são desprezados, sua imagem e intimidade enxovalhadas. Com isso, evidencia-se “o desejo utilitário de sucesso na empreitada e pela busca de notoriedade

não estava lhe agradando a ascensão dos mais pobres, promovida pelos regimes lulistas, por mais ínfima que fosse. Tomaram como pauta o combate à corrupção, um motivo de luta e combate que engloba todos os brasileiros. Com a aliança da grande mídia e entidades empresariais, suas manifestações ganharam forças.

Enquanto isso, os representantes dos partidos buscavam formas de frear as investigações da Lava Jato, já que as mesmas poderiam comprometer a manutenção do poder. Mas como dariam seguimento a isso se a presidente não estava interessada? O problema é que a real intenção do afastamento da presidente só ficou mais clara depois, com o vazamento do áudio da conversa entre os Sérgio Machado (PMDB) e o Senador Romero Jucá (PMDB), no qual se veiculou, entre outras, a seguinte confissão “é um acordo, botar o Michel, num grande acordo nacional”.

Além do cenário econômico desfavorável, que comprometeu a governança do país, convivia-se com o aumento da impopularidade da Presidente, agravada pela postura do Deputado Eduardo Cunha (PMDB), então Presidente da Câmara dos Deputados, que comandou um bloco de oposição ao governo, colocando em questão a capacidade do governo de aprovar sua agenda.

Em relação à atuação midiática no Brasil, destacamos que a concentração dos meios de comunicação favorece a manipulação das informações. Tal cenário é agravado quando os políticos passam a controlar grande parte dessas fontes, de modo a maquiagem certas informações, moldando-as de acordo com os seus interesses. De modo que, assim, são criados verdadeiros oligopólios de informação em âmbito nacional, por meio do qual o sistema de mídia brasileiro acaba reproduzindo ideias e intenções da elite econômica e política. Dessa forma, portanto, não é capaz de favorecer a construção de uma esfera pública crítica e plural, a qual é indispensável para a democracia.⁶

⁶ Como observa Fernando Antônio Azevedo (2006, p. 98), é “imprescindível que os meios de comunicação de massa estejam organizados numa estrutura plural e competitiva e seja capaz de refletir, se não toda, pelo menos as correntes mais importantes da diversidade ideológica, política e cultural da sociedade”

4. O processo de impeachment no Congresso Nacional

Em 15 de outubro de 2015, Hélio Pereira Bicudo, Janaína Paschoal e Miguel Reale Júnior apresentaram à Câmara dos Deputados pedido de impeachment contra a Presidente Dilma Rousseff. Na verdade, este, que foi aceito pelo Presidente da Câmara dos Deputados, corresponde à segunda versão do pedido, já que outra apresentada no dia 1^a de setembro do mesmo ano não fora acolhida, havendo parecer do corpo técnico da Câmara contrário à sua admissibilidade.

Os aludidos juristas, nessa segunda versão, alegaram, em síntese, que: (1) o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem apurado inúmeras fraudes encetadas para garantir a reeleição da Presidente da República; (2) Tribunal de Contas da União (TCU) assinalou flagrantes violações à Lei de Responsabilidade Fiscais; (3) a Presidente deixou de contabilizar empréstimos tomados de Instituições Financeiras públicas; (4) a Operação “Lava Jato” colheu provas de atos de corrupção de pessoas próximas à Presidente; (5) o ex-presidente Lula se transformou em verdadeiro operador da maior empreiteira envolvida no escândalo da Petrobras; (6) é impossível crer que a Presidente não soubesse o que estava se passando a sua volta; (7) a compra da refinaria de Pasadena foi apenas mais um episódio da estratégia de “não sei, não vi”; (8) tudo indica ter a denunciada agido com dolo, especialmente porque sempre se mostrava muito consciente de todas as questões afetas ao setor de energia e às áreas relacionadas à economia e finanças; (9) tais fatos apurados, relativos aos desmandos da Petrobras, já seriam suficientes para deflagrar o processo de impeachment.

Em seguida, os autores do pedido abordaram, especialmente, os “crimes” de responsabilidade que davam margem à acolhida do mesmo. Primeiramente, identificaram os decretos supostamente ilegais, enquadrando-os na hipótese prevista no Art. 10, incisos 4 e 6, da Lei N. 1.079/50. Em segundo lugar, indicaram, como crime de responsabilidade, as práticas ilegais de desinformações contábeis e fiscais ou as conhecidas “pedaladas fiscais”, as quais violariam o Art. 85 da Constituição Federal e os Arts. 4º e 10, incisos 6, 7, 8, 9 da Lei n. 1.079/50. Passam, então, para uma análise de outra ilegalidade: a falta de registro de valores no rol de passivos da Dívida Líquida do Setor Público. Por fim, alegaram a

possibilidade de responsabilização política por omissão dolosa e por fatos praticados em mandato anterior.

4.1. A tramitação do processo na Câmara dos Deputados

De acordo com o disposto na Constituição Federal e na Lei 1.079/50, o processo de impeachment compreende, basicamente, duas fases: o juízo de admissibilidade da Câmara dos Deputados, e o julgamento propriamente pelo Senado Federal.

No dia 02 de dezembro de 2015, o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, recebeu já descrita denúncia contra a então presidente da república, Dilma Rousseff. Nessa ocasião, o Deputado destacou a jurisprudência do STF, no sentido de afirmar que a análise da denúncia contra a presidente da República, por crime de responsabilidade, compete ao Presidente da Câmara dos Deputados, citando o MS 30.672 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 18/10/2011 e o MS n. 23.885, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ, 20/09/2002). Na ocasião, julgou admissível a referida denúncia pelos seguintes fundamentos: (1) estavam presentes os requisitos materiais, pois uma ou mais condutas da denunciada estavam tipificadas como crime de responsabilidade, das quais destacou as assinaturas de seis decretos, no exercício financeiro de 2015, em desacordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO); (2) a reiterada prática de pedaladas fiscais que, em tese, “podem configurar crime de responsabilidade contra a lei orçamentária (art. 85, VI, CF)”. Por fim, reafirmou que a denúncia preenchia os requisitos mínimos para o seu recebimento e destacou que seu recebimento significava apenas “existência de requisitos mínimos, formais e materiais e indícios de materialidade e autoria”, não o exame acerca de sua procedência ou não.

Na sequência dos eventos, em 17 de março de 2016, já no Plenário da Câmara, foi eleita a chapa única dos membros que comporiam a Comissão Especial, dentre eles seu Presidente, Deputado Rogério Rosso (PSD-DF), e seu Relator, Deputado Jovair Arantes (PTB-GO). O relator concluiu pela admissibilidade jurídica e política da acusação e pela consequente autorização para a instauração, pelo Senado Federal, do processo por crime de responsabilidade. O parecer foi, então, submetido à votação nominal do Plenário da Câmara, sendo aprovado com 367 votos

favoráveis, 137 contrários e 7 abstenções, de maneira que o Senado Federal foi autorizado a julgar a presidente da República.

4.2. A tramitação no Senado Federal

No dia 19 de abril de 2016, foi dado o primeiro passo da tramitação do impeachment no Senado com a leitura da decisão da Câmara dos Deputados. Na sequência, o presidente do Senado Federal, Senador Renan Calheiros (PMDB), solicitou aos líderes dos partidos a indicação, em 48 horas, dos nomes dos integrantes dos blocos parlamentares para a eleição da Comissão Especial para a análise do Processo, a ser composta por 21 senadores.

É sabido que a Comissão Especial do Senado, em um processo de impeachment, é responsável por analisar se estão presentes os requisitos legais necessários para a admissibilidade da denúncia, definindo se a peça acusatória deve ou não ser objeto de deliberação no âmbito do Plenário. Isso porque, o Senado Federal atua como órgão julgador no processo de impeachment. Em uma primeira fase, analisa os aspectos formais da denúncia com vistas ao seu recebimento, ou seja, verifica apenas se estão presentes os requisitos legais, sem entrar no mérito. É com base nessa análise que o julgador decide se recebe ou não a denúncia. Sendo que, o recebimento implica o início efetivo do processo acusatório e tem, por consequência, a citação do réu para responder a imputação. A partir disso, é inaugurada a segunda fase do processo de impeachment, em conformidade com o art. 49 da Lei n. 1.079/50.

No dia 25 de abril, foi eleita a Comissão em conformidade com as indicações recebidas da liderança, iniciando-se suas atividades no dia seguinte. Foram eleitos Presidente e Relator, respectivamente, os Senadores Raimundo Lira (PMDB-PB) e Antônio Anastasia (PSDB-MG). Após as oitivas dos denunciantes e da defesa foi proferido o parecer do relator pela “plausibilidade na denúncia” com base nos “indícios suficientes de autoria e materialidade”, o qual foi aprovado por 15 votos a 5 no dia 06 de maio.

Com a aprovação do parecer, começou a contar o prazo para a votação em plenário. No dia 12 de maio, em reunião com lideranças partidárias, o presidente do Senado, Renan Calheiros, transferiu a condução do processo ao presidente do STF, Ricardo Lewandowski.

No dia 01/06/2016, a denunciada apresentou sua defesa escrita, nos termos do art. 49 da Lei n. 1079/50. No dia 02/06/2016, a Comissão deliberou sobre os requerimentos de produção de provas, dos denunciantes, da denunciada e dos senadores membros da Comissão. No dia 7 de junho, Ricardo Lewandowski definiu que a denúncia contra Dilma Rousseff é composta por seis fatos: um caso para cada um dos cinco decretos orçamentários e o sexto para as pedaladas. Sendo que, cada fato teria direito a oito testemunhas. No dia 8 de junho, a Comissão rejeitou os pedidos levantados pela defesa da auditoria e as preliminares de mérito acerca da necessidade prévia da apreciação das contas presidenciais de 2015 pelo TCU e acerca do objeto fático do processo. A defesa, então, entrou com recurso. E, então, em 13/06/2016, o Presidente do STF deferiu a perícia anteriormente rejeitada pela Comissão. No dia 17 de junho, a Comissão decidiu pelo prazo de dez dias para a realização da perícia. No dia 27 de junho, os peritos indicados pela Comissão avaliaram que os decretos de crédito suplementar baixados por Dilma Rousseff em 2015, sem aval do Congresso, foram irregulares. No dia 29 de junho, foram concluídas as oitivas das testemunhas da acusação, da defesa e do juízo. No dia 01/07/2016, foram juntados aos autos os esclarecimentos da junta pericial ao laudo, em resposta a questionamentos da defesa, do relator e de alguns senadores. No dia 6 de julho, foi aberto prazo sucessivo para as alegações finais escritas da acusação e da defesa. No dia 12 de julho, foram juntadas as alegações finais da acusação, e as da defesa, no dia 28 de julho. Colhidas as alegações finais, a Comissão Especial do Senado passou a examinar o material probatório produzido até então, a fim de verificar se estavam diante de crimes de responsabilidade e se estavam ou não presentes as hipóteses de absolvição sumária. O Relator da Comissão votou pela procedência da acusação e prosseguimento do processo em face da denunciada Dilma Rousseff em razão da abertura de créditos suplementares sem a autorização do Congresso Nacional, contrariando o disposto no Art. 85, inciso VI da Constituição Federal e no art. 10, item 4 e art. 11, item 2, da Lei Nº 1.079/1950, bem como da realização de operações de crédito com instituição financeira controlada pela União, em violação ao Art. 85, incisos VI e VII da Constituição Federal, ao Art. 10, incisos 6 e 7 e ao Art.11, inciso 3 da Lei N. 1.079/1950, a fim de que fosse julgada

pelo Senado Federal, nos moldes do art. 86 da Constituição Federal.

No dia 2 de agosto de 2016, foi apresentado à Comissão do impeachment o relatório de pronúncia do Senador Antonio Anastasia com voto pela procedência da acusação e pelo prosseguimento do processo contra a presidente afastada. Entendeu, basicamente, que as condutas da presidente Dilma Rousseff “violaram o delimitado regime jurídico dos crimes de responsabilidade, num contexto que, inequivocamente, demonstra a participação, por ação ou omissão, da dirigente máxima do governo federal”. Percebe-se, pois, que o relator considerou como crimes de responsabilidade previstos na Lei L. 1.079/50, as seguintes condutas praticadas pela Presidente Dilma Rousseff: infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da Lei Orçamentária; abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais; ordenar ou autorizar a abertura de crédito com inobservância de prescrição legal; contrair empréstimo ou efetuar operação de crédito sem autorização legal; deixar de promover ou de ordenar na forma da lei a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei.

No dia 3 de agosto, a comissão especial debateu o aludido relatório. Não obstante as opiniões divergentes entre os senadores, o relatório final de Antonio Anastasia foi aprovado, no dia seguinte, com 14 votos favoráveis e cinco contrários. Com isso, a votação seguiu para o Plenário, que decidiu, nos dias 9 e 10 de agosto, por 59 votos a 21, que a presidente afastada iria a julgamento. Já no dia 10 de agosto, a acusação entregou documento pedindo a condenação de Dilma Rousseff à perda definitiva do mandato e à inabilitação para o exercício de cargos públicos por oito anos. No dia 12 de agosto, a defesa entregou argumentos finais e a presidente afastada foi notificada sobre a data do julgamento.

Em 23 de agosto, o presidente do STF negou o pedido de absolvição sumária e o pedido de anulação do processo contra Dilma Rousseff feito pela defesa, que alegou ter havido violação ao devido processo legal e ao direito de defesa na sessão de 10 de agosto, momento em que foi votada a pronúncia da Presidente afastada. No dia 25 de agosto, iniciou-se o julgamento de Dilma Rousseff por supostos crimes de responsabilidade. No dia 29 de agosto, Dilma Rousseff defendeu-se pessoalmente das acusações.

No dia 30 de agosto, foram apresentadas as alegações finais da defesa e da acusação e 62 senadores se pronunciaram sobre o processo.

De acordo com o rito firmado, na votação final no Senado, os parlamentares votam “sim” ou “não” como resposta ao seguinte questionamento: “Dilma Rousseff cometeu os crimes de responsabilidade?”. O julgamento precedente dependeria 54 votos “sim” (dois terços da composição do Senado). Pois bem, no dia 31 de agosto, por 61 votos a favor e 20 contrários, o Plenário do Senado Federal condenou Dilma Rousseff por crime de responsabilidade. Com isso, a Presidente foi definitivamente afastada de seu cargo, porém, não foi privada de seus direitos políticos e nem de seu direito de exercer função pública, pois assim restou decidido na segunda votação no julgamento do afastamento definitivo, por 42 votos favoráveis à perda dos direitos e 36 contrários, sendo que também seriam necessários 54 votos para que essa ficasse inabilitada para o exercício de função pública. Nesse diapasão, cabe lembrar que igual direito não foi dado ao ex-presidente Collor, cassado em 1992.

5. O impeachment no STF

Conforme dispõe o art. 52, I da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Nesse sentido, não é permitido ao Supremo interferir no julgamento. Contudo, para que este ocorra dentro dos moldes legais, respeitando o Estado Democrático de Direito, cabe a ele analisar questões procedimentais que eventualmente sejam questionadas. Isto é, como não poderia deixar de ser, para o processo de impeachment, também se aplica o princípio de acordo com o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão de direitos. Esse foi, inclusive, o entendimento adotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento do MS 20.941/DF, no qual consolidou o entendimento de que cabe ao Judiciário apreciar a “regularidade” do processo de impeachment, sempre que houver alegação de ameaça ou violação de direito das partes.

5.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378

Em vista disso, analisaremos as decisões do STF concernentes ao processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff, a começar pela ADPF 378, impetrada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), integrante da base aliada do Governo no Congresso Nacional, diante da votação secreta realizada pela Câmara dos Deputados para a eleição da Comissão Especial. A distribuição foi feita ao Ministro Edson Fachin e foi deferida liminar para a suspensão do processo. Os Ministros, em sua maioria, decidiram que “no impeachment, todas as votações devem ser abertas, de modo a permitir maior transparência, controle dos representantes e legitimação do processo”, e completaram que “não é admissível que o Presidente da Câmara dos Deputados possa, por decisão unipessoal e discricionária, estender hipótese inespecífica de votação secreta prevista no RI/CD, por analogia, à eleição para a Comissão Especial de impeachment”.

Na ocasião, os Ministros ainda manifestaram-se acerca de outras questões levantadas pelos impetrantes. Assim, votaram por unanimidade, pela: (1) impossibilidade de aplicação subsidiária das hipóteses de impedimento e suspeição ao presidente da Câmara; (2) inviabilidade do direito à defesa prévia; (3) proporcionalidade da Comissão Especial em relação a blocos parlamentares, assegurando-se a representatividade por bloco; (4) não necessidade de os senadores se apartarem da função decisória; (5) possibilidade de aplicação subsidiária dos regimentos internos da Câmara e do Senado.

5.2. A ADPF 378 e os embargos de declaração

No dia 1º de fevereiro de 2016, a mesa Diretora da Câmara dos Deputados, insatisfeita com as decisões da Suprema Corte, opôs Embargos de Declaração, ao acórdão proferido nos autos da referida ADPF n. 378 MC/DF, ratificado em 8 de março de 2016. A parte embargante alegou que esse acórdão teria omissões, contradições e obscuridades, baseando-se em premissas equivocadas, especialmente, em três pontos: (1) o papel do Senado Federal no processo de impeachment; (2) a impossibilidade de

candidaturas ou chapas avulsas para a formação da Comissão especial do impeachment na Câmara dos Deputados; (3) a obrigatoriedade de eleição da comissão por voto aberto.

Os embargos foram rejeitados, em 16 de março de 2016, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do mérito, a maioria dos ministros acompanharam o voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que se baseou, basicamente, em três premissas: (1) seguir tão proximamente quanto possível o precedente já existente no país em matéria de impeachment; (2) o Congresso Nacional poderia ter alterado o conjunto de regras que vigoravam desde 1992, pois a Constituição Federal a ele atribui a competência para disciplinar tal matéria. Porém, não tendo o Congresso legislado a respeito, o natural é compreender-se que aquelas eram as regras a serem aplicadas; (3) existem alguns limites a essa modalidade recursal, que só pode ser utilizada para sanar obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão impugnada, não podendo alcançar questões novas e distintas, que a recorrente imagine surgirem em decorrência da implementação do julgado.

5.3. Os Mandados de Segurança n. 34.130 e n. 34.131

Em 2016, foram impetrados dois mandatos de segurança, MS 34.130 e 34.131, por meio dos quais questionaram relatório elaborado pela Comissão Especial do impeachment, alegando, basicamente, que havia ultrapassado os limites materiais delineados no ato de recebimento da denúncia. O primeiro deles foi impetrado pela Presidente da República e a relatoria do mesmo foi atribuída ao Ministro Edson Fachin. O segundo deles foi impetrado por Luiz Paulo Teixeira Ferreira e outros, sob a relatoria também de Edson Fachin. Nessa ocasião, os impetrantes também alegaram que houve cerceamento da defesa ao longo da elaboração do relatório. Nos dois casos, o STF indeferiu a liminar.

Quando do julgamento, o STF entendeu que, em se tratando de mera condição de procedibilidade, inexistente *fumus boni iuris* quanto às alegações de ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Em relação à extensão da matéria apreciada no relatório, a maioria dos ministros, seguindo o voto do Relator, entendeu que a autorização da votação proveniente da Comissão Especial da Câmara dos Deputados e para o prosseguimento sob o teor da

denúncia, escoimando-se, para o efeito de apreciação ulterior em Plenário, o que for estranho ao “vero e proprio” teor primeiro da denúncia.

O que provoca estranhamento nesses acórdãos é que, não obstante os Ministros tenham conhecimento de que o Congresso Nacional somente poderia analisar os fatos dentro dos limites em que foi acolhida a denúncia, votaram, em sua maioria, pelo indeferimento da liminar. Enquanto o Relator da Comissão Especial deixou claro que, em seu entendimento, podiam analisar por inteiro a denúncia, incluindo os temas afastados pelo Presidente da Câmara. Já que, a seu ver, a interpretação mais fiel da Constituição seria no sentido de possibilitar a responsabilização do chefe do Executivo por atos cometidos no mandato atual ou no mandato anterior. Ora, conforme esclareceram diferentes pareceristas e o próprio STF em suas decisões, especialmente na ADPF-378, a presidente da República não poderia ser responsabilizada por atos cometidos no mandato anterior. Nesse sentido, então, o Relator não só maculou o entendimento jurídico sobre o tema como também as regras procedimentais, à medida que não se restringiu a tratar apenas dos decretos de abertura de créditos suplementares e das “pedaladas fiscais”, visto que inclui atos referentes ao mandato anterior, dependendo um capítulo do relatório para esse fim. Ocorre que estes não haviam sido acolhidos pelo presidente da Câmara, que considerou “inafastável” a aplicação do § 4º do art. 86 da Constituição Federal.⁷

⁷ Diferentes juristas, analisando a questão, entenderam que o STF agiu em “evidente contradição”, na medida em que restringiu a análise dos fatos, mas indeferiu a medida cautelar. Nesse sentido, entenderam que, “o que se transformou em obter dictum foi, justamente, a fundamentação do STF” (BAHIA, SILVA, OLIVEIRA, VECCHIATTI, 2016). E completam dizendo que chega a ser um “absurdo” pensar que a Câmara faria uma autocontenção sem que o Tribunal determinasse isso coercitivamente. E mais, agindo assim, o STF permitiu passar um problema técnico, já que a denúncia foi “ampliada” por quem não tinha competência para tanto. Nesse sentido entendem, então, que a decisão do Supremo “não faz sentido”, sendo, antes, uma “negativa de jurisdição”. Tais juristas lembraram também que poderia ser enquadrado como “ilegal” e “inconstitucional” a submissão ao voto de relatório que transcende os limites legais de seus objeto, levando os Deputados a votarem em fatos que não poderiam justificar a abertura do processo de impeachment.

5.4. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.498 e os Mandados de Segurança n. 34.127 e n. 34.128

No mesmo dia do julgamento dos MS 34.130 e 34.131, 14/04/2016, o STF analisou uma ADI (n. 5.498) mais dois mandados referentes ao processo de impeachment contra a Presidente. Primeiramente, os ministros julgaram a ADI 5.498, proposta pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B), o qual indagava a respeito da ordem de votação definida pelo Presidente da Câmara dos Deputados. Assim, pretendia, por meio do reconhecimento do Tribunal, a exigência de que a votação seguisse os parâmetros estabelecidos pelo art. 187, § 4º do RI/CD. Ou melhor, que a interpretação do mesmo fosse feita de acordo com a Constituição Federal. A qual, a seu ver, seria a votação intercalada entre deputados da região Norte e do Sul do país ou em ordem alfabética.

Quando do julgamento, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, os ministros Carmen Lucia, Celso de Melo, Gilmar Mendes, Rosa Weber e Teori Zavascki votaram contra o pedido liminar. Restando vencidos o Ministro Marco Aurélio, o qual apoiou a proposta do partido-requerente. Os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski entenderam que a interpretação compatível com os dispositivos constitucionais seria a interpretação literal do art. 187, § 4º do Regimento Interno da Câmara, ou seja, a votação nominal pela chamada dos deputados, alternando-se entre os deputados do Norte e do Sul. O ministro Roberto Barroso votou pelo deferimento parcial, compreendendo que o presidente da Câmara havia feito uma interpretação razoável dos dispositivos do Regimento Interno, em sendo assim, o STF deveria aceitá-la. Mas ressaltou que deveria ser levada em conta a latitude das capitais dos estados, para que assim melhor pudesse ser definida a ordem de votação.

Nos Mandados de Segurança de N. 34.127, impetrado pelo Deputado Weverton Rocha (PDT-MA) e 37.128, impetrado pelo Deputado Rubens Pereira Júnior (PCdoB-MA), os impetrantes requereram liminar para alteração no procedimento de votação no Plenário da Câmara dos Deputados. Estavam a questionar a ordem de votação definida pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Mais uma vez, o STF indeferiu a liminar pleiteada. Quando do julgamento, os Ministros, em sua maioria, reconheceram que a

adoção de ordem de votação prestigiadora de um modelo específico de alternância no pronunciamento de parlamentares de diferentes Estados é uma das interpretações possíveis do Regimento Interno da Câmara, de modo que não a consideraram como uma afronta à Constituição.

Mas por que a discussão acerca da ordem de votação ganhou tanta importância? Dispõe o RI/CD, em seu art. 218, § 8º que, encerrada a discussão do parecer, será o mesmo submetido a votação nominal, pelo processo de chamada dos Deputados. E o art. 187, caput dispõe que a votação nominal é feita pelo sistema eletrônico de votos, obedecidas as instruções estabelecidas pela Mesa para sua utilização. Conforme dispõe o parágrafo 4º do mesmo artigo, na hipótese do referido art. 218, § 8º, a votação nominal é feita pela chamada dos deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa. O problema se deu em torno da interpretação desse artigo. O presidente da Câmara dos Deputados adotou a interpretação de que o “alternadamente” exigido pela lei referia-se à votação nominal. Assim, se a última votação nominal começasse pelos deputados do Sul a próxima começaria pelos deputados do Norte, sucessivamente. O deputado impetrante do MS 34.127, Weverton Rocha (PDT-MA), fez uma interpretação diferente do artigo. A seu ver, tal como se havia procedido na votação no caso Collor, o “alternadamente” refere-se aos votos, seguindo-se a votação nominal em ordem alfabética sentido nortesul. Nesse diapasão, vota primeiro um deputado do norte, depois um deputado do sul e vice-versa, em uma sucessão até que todas as regiões votassem. Conforme foi abordado, os Ministros do STF negaram a liminar. Os ministros entenderam, em sua maioria, que a interpretação do regimento interno da Câmara é matéria interna corporis, de modo que não poderiam interferir, sob pena de viciar o princípio de separação dos poderes. Já do ponto de vista político a questão seria que, dependendo da ordem de votação, poderia ser formada maioria em um sentido ou outro, influenciando no resultado final da votação.

Considerações Finais

A fragmentação do sistema partidário brasileiro exige a formação de coalizões partidárias para assegurar a governabilidade (o presidencialismo de coalizão). Todavia, essas coalizões são

construídas não em bases programáticas, mas fundamentalmente a partir da distribuição de cargos e fundos públicos, bem como por meio da prática da corrupção, a qual permeia quase todo o espectro partidário brasileiro. Daí a perpetuação do “pemedebismo”, com seus bloqueios quaisquer tentativas de mudanças políticas, econômicas e sociais de caráter estrutural. A profunda crise econômica e de legitimidade e representatividade enfrentada pelas instituições políticas brasileiras denunciam o colapso desse sistema sem que, todavia, quaisquer alternativas plausíveis se apresentem no horizonte, o que torna o cenário mais sombrio.

Nesse contexto e, sobretudo considerando-se os fatos subsequentes, o processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, não obstante de modo geral tenha obedecido os procedimentos legais, carece de legitimidade, a qual não pode ser buscada tão somente em um apoio popular momentâneo. E mais, se serviu para explicitar a crise do “presidencialismo de coalizão” e do “lulismo”, seus precedentes e desdobramentos mais do que evidenciaram que o impeachment se deu em nome da perpetuação do “pemedebismo”.

Não obstante o impeachment consista em um juízo político, ele exige uma fundamentação jurídica, caso contrário, tratar-se-ia de um “voto de desconfiança”, típico do sistema parlamentarista, e não do presidencialismo. Diante disso, é indispensável ressaltar que, em termos jurídicos, a fundamentação para o impeachment de Dilma Rousseff foi frágil, o que também coloca em questão a legalidade do processo.⁸ Se não restou comprovado suficiente o embasamento jurídico, por que o processo prosperou?

De acordo com a análise de Ruy Braga (2016, p. 59-60), diante do agravamento da crise internacional, os principais grupos empresariais brasileiros, sob a liderança dos bancos privados, passaram a exigir do Governo Federal um aprofundamento da “estratégia de austeridade”. O que implicaria o aprofundamento do

⁸ Diferentes juristas, como Dalmo Dallari, do Marcelo Neves, do Juarez Tavares e Geraldo Prado e da Rosa Cardoso, fundamentaram suas teses de maneira suficiente para demonstrar a ausência de base legal para que o mesmo ocorresse. O ponto em comum entre eles reside no fato de que os argumentos levantados pelos acusadores não prosperaram do ponto de vista jurídico, no sentido de que, os crimes levantados por eles não seriam, sob o ponto de vista legal e jurisprudencial, suficientes para provocar o impeachment da presidente, que implica a existência de crime de responsabilidade.

ajuste recessivo, o aumento do desemprego e a contenção do ciclo grevista, com a finalidade de “impor uma série de reformas antipopulares, como a da previdência e a trabalhista”. Nesse sentido, o autor entende que a queda de Dilma Rousseff se deu, em boa medida, não porque seu governo concedeu aos setores populares, mas por aquilo que ela não foi capaz de entregar aos empresários: um ajuste fiscal ainda mais radical, uma reforma previdenciária regressiva e o fim da proteção trabalhista. O que ocorreu, então, a partir da presidência sob o comando de Michel Temer, foi reflexo desse cenário. Já estava previsto que colocaria em prática todas as reformas possíveis. Assim, em pouco tempo de governo, já colocou, em pauta e em vias de execução, uma série de mudanças que comprometem direitos sociais, como as reformas previdenciária e trabalhista. Se a presidente Dilma Rousseff, ao que indicava as pesquisas, não contava mais com o apoio popular, o atual presidente também não o tem. Com efeito, pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, entre os dias sete e oito de abril de 2016 indicou que 61% dos brasileiros apoiam o impeachment da Presidente Dilma Rousseff. Por outro lado, o governo Temer, sobretudo, depois da implantação de medidas antipopulares e do agravamento dos escândalos políticos, comemorou seu aniversário com o mesmo índice de reprovação. O fato é que, sob a vigência da Operação “Lava Jato” não é possível saber quem está dentro ou fora do jogo, não há, com isso, estabilidade nas negociações. Daí o problema: se não há possibilidade de acordos entre os partidos, e se esses estão com os seus poderes ameaçados, há uma clara fraqueza na manutenção do sistema. O impeachment da presidente Dilma Rousseff, no geral, corroborou a tese de que uma reforma política que inviabilize o “pemedebismo” e favoreça a cultura política democrática é medida de urgência para o país, cujo sistema político está à beira de um colapso.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson Abranches. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol.31, n.1, 1988, pp. 5 a 34.

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl (1915-2014): poder político, liberalização e contestação nas democracias. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n.13, Brasília, Janeiro-abril de 2014, pp.7-17.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. 1ª ed.- Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

AZEVEDO, Fernando Antônio. Mídia e democracia no Brasil: relações entre o sistema de mídia e o sistema político. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 12, n. 1, Abril/Maio, 2006, p. 88- 113.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. SILVA, Diogo Bacha e. MEYER, Emilio Peluso Neder. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Afinal, quem é o Guardião da Constituição? Supremo Tribunal reconhece que relatório ultrapassa seu objeto constitucional, mas lava as mãos ao indeferir a liminar nos MS 34.130 e 34.131**, 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/afinal-quem-e-o-guardiao/>> Acesso em: 02 de maio de 2017.

BEETHAM, David. **The Legitimation of Power**. Houndmills, Macmillan, 1991.

BRITTO, Carlos Ayres. **Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjut.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimes-responsabilida-presidente>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BRAGA, Rui. O fim do lulismo. In: **Por que gritamos golpe? Para entender o impeachment e a crise política no Brasil**. - 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1992.

CARLEIAL, Liana Maria da Frota. Política econômica, mercado de trabalho e democracia: o segundo governo Dilma Rousseff. **Estud. av.** São Paulo , v. 29, n. 85, p. 201-214, Dec. 2015.

Available from
<http://scielo.br/scielo.php?script=sci_artetext&pid=S010340142015000300014&ing=en&nrm=iso>. Access on 02 May 2017.

CARTA CAPITAL. **Lista de Fachin**: Aécio e Jucá são os campeões de inqueritos. Publicado em 11/04/2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/lista-de-fachin-aecio-e-juca-sao-os-campeoes-de-inqueritos>>. Acesso em 03/05/2017.

CATÃO, Adrualdo. **Você concorda com a atual judicialização da política?** 2016. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2016/01/03/interna_politica,619263/voce-concorda-com-a-atual-judicializacao-da-politica-adrualdo-catao_e.shtml>. Acesso em 02/05/2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 589 – 591.

CONTRI, André Luis. Uma avaliação da economia brasileira no Governo Dilma. **Ind. Econ. FEE**, Porto Alegre, v. 41, n. 4, p. 9-20, 2014.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Trad. Celso Mauro Paciornik. - 1. ed. 1. reimpr. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. - (Clássicos; 9).

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **Parecer sobre o impeachment de Dilma Rousseff: depoimento**. (06 de fevereiro 2016). Entrevista concedida à assessoria do deputado Paulo Teixeira. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/parecer-de-daldo-de-abreu-dallari-contr--o-impeachment-de-dilma>>. Acesso em: 24 de agosto de 2016.

DATAFOLHA. Avaliação do Presidente Michel Temer. **Instituto de Pesquisa Datafolha**, Opinião Pública. São Paulo, abril de 2017. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2017/05/1880373-governo-temer-e-reprovado-por-61-dos-brasileiros.shtml>>. Acesso no dia 10 de maio de 2017.

FACHIN, Patrícia. **Golpe parlamentar não pode ser confundido com impeachment: entrevista especial com Luiz Moreira**, 2016. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/552820-golpe-parlamentar-nao-pode-ser-confundidocom-impeachment-entrevista-especial-com-luiz-moreira>>. Acesso em: 08/04/2017.

FARIA, José Eduardo de Oliveira. **Poder e Legitimidade** (Uma Introdução à Política do Direito). Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FIRMAGE, Edwin Brown. The law of Presidential Impeachment. **Utah Law Review** Volume 1973 (Winter), n. 4, 681-704.

GALINDO, Bruno. **Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo incluindo análises dos casos Collor e Dilma**. Curitiba: Juruá, 2016.

GASPARDO, Murilo. **Impeachment: legalidade e legitimidade**, 2016. Disponível em: Acesso em: 25 de abril de 2017.

_____. **Crise política: o que fazer?**, 2016. . Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

_____. **Golpe ou golpes?** 2016. Disponível em: . Acesso em: 25 de fevereiro de 2017.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, n. 44. São Paulo: 1998, p. 81 – 106.

_____. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: FGV/FAPESP, 2001.

_____. Congress and decision-making in democratic Brazil. In: KINZO, Maria D'Alva; DUNKERLEY, James (org.). **Brazil since 1985: politics, economy and society**. London: Institute of Latin American Studies, 2003, p. 62-83.

_____. **Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro, FGV, 2008.

MORAES, Alexandre. **Presidencialismo**. A evolução do relacionamento entre os poderes executivo e legislativo. **Revista dos Tribunais**, vol. 817, p.731, novembro de 2003. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 2, p. 755, maio de 2011. DTR/2003/590.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento**: da abertura democrática ao governo Dilma. – 1ª ed.- São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Impeachment e lei de crime de responsabilidade: o cavalo de Troia parlamentarista**, 2015. Disponível em: Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

RANGEL, Henrique. **A importância da ordem de votação no impeachment**. Disponível em: Acesso em 03/05/2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado**: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito- Barueri, SP: Manole, 2013.

RICCITELLI, Antonio. **Impeachment à brasileira**: instrumento de controle parlamentar? Barueri, SP: Minha Editora, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa(org.). **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Você concorda com a atual judicialização da política?**, 2016. Disponível em: Acesso em 02 de maio de 2017.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro Zahar, 1984.

SILVA, Afonso José da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SINGER, André. Classes e ideologias cruzadas. Dossiê: mobilizações, protestos e revoluções. **Novos Estudos 97**. Novembro 2013, p. 23-40.

_____. Por uma frente ampla, democrática e republicana. **Por que gritamos golpe?** Para entender o impeachment e a crise política no Brasil. - 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2016, p. 151-156.

SOUSA, Jessé. **A radiografia do golpe:** entenda como e porque você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016.

SOUSA, Murilo. **Câmara adota nova regra para chamada dos deputados na votação do Impeachment,** 2016. Disponível em: Acesso em: 03/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental No Habeas Corpus 134.315. Distrito Federal: 2016.

_____. Emb. Decl. Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 378. Distrito Federal: 2016.

_____. Medida Cautelar Em Mandado De Segurança 34.127. Distrito Federal, 2016.

_____. Medida Cautelar Em Mandado De Segurança 34.131. Distrito Federal: 2016.

_____. Medida Cautelar Em Mandado De Segurança 34.130. Distrito Federal: 2016.

_____. Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 378. Distrito Federal: 2016.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional law** – Mineola: The Foundation, 1978. Ixix, 1202 p.

O BRASIL ATUAL: DILEMAS INSTITUCIONAIS E CRISE POLÍTICA. UMA ANÁLISE JURÍDICA DE DOIS FATOS RECENTES

Luiz Gustavo Bambini de Assis*

Introdução

Que não nos iludamos. A crise vivida pelo País desde a reeleição de Dilma Rousseff ultrapassa o espectro da política e mais que tangencia, para não dizer que afronta, nosso sistema institucional. Pelo menos esse é o ponto de partida fático sobre o qual me atenho para poder escrever este capítulo, em uma obra acadêmica a ser produzida em meio a toda essa instabilidade que ainda não deixamos de presenciar.

Por hora, já vivemos o processo de afastamento da Presidente eleita, a absolvição da chapa presidencial pelo Tribunal Superior Eleitoral e a inusitada situação de um presidente no exercício da função denunciado pela Procuradoria Geral da República pela prática de crimes comuns, não autorizado seu prosseguimento pela Câmara dos Deputados, além da condenação, em primeira instância, de um ex Presidente da República.

Longe estamos do desfecho de toda a crise, mas diante da análise de episódios recentes vivenciados no País, creio ser possível tecer algumas considerações de cunho jurídico sobre a crise política e institucional que presenciamos.

Importa ressaltar que não tem sido tarefa fácil aos teóricos e professores do direito, mais precisamente da Teoria do Estado brasileiro explicar, com respaldo na doutrina e nos precedentes, tamanha confusão institucional e política. O que me parece certo é que a transição deste processo vivido pelo Brasil atual gerará novos paradigmas para o estudo da constituição e do Estado brasileiro, tão logo possamos digerir tantos fatos e crises.

E por estarmos diante do quadro acima desenhado, reforço desde logo que será difícil, ao longo deste capítulo, utilizar-me do

* Mestre e Doutor em Direito da Faculdade de Direito da USP. Foi secretário parlamentar do Senado Federal. Assessor da sub-chefia de assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Doutor de Direito e Políticas Públicas da Universidade de São Paulo.

que já foi escrito, pois as decisões judiciais e as ações políticas ainda estão em trâmite, razão pela qual farei referência, do ponto de vista metodológico, a muitos precedentes judiciais e a algumas narrativas jornalísticas que julgo sérias para desenvolver meu raciocínio.

Por que falo em crise institucional? Por entender que, a despeito do desfecho dado em série aos problemas advindos da crise política, muitas vezes faltou aos representantes das instituições o diálogo ou a permeabilidade necessária para construir saídas de consenso. Ao contrário, o que se viu, foi a ocupação consistente do espaço de poder, de membros de uma instituição sobre outra, na busca de soluções momentâneas ou conveniências políticas.

Não pairam dúvidas de que os processos eleitorais, pelo menos até a reforma advinda da Lei 13.165/2015, transcorreram sob vultosas quantias financeiras, de origens duvidosas e, em alguns significativos casos, já comprovadamente ilícitas. O que se deu no País, de forma reiterada, foi um vício de origem eleitoral, vício este que, em grande parte, maculou o sistema representativo à medida que o poder econômico das campanhas suplantou a importante e salutar discussão de ideias e propostas, fundamental para um processo político verdadeiramente hígido.

Mais que isso, com a descoberta sistêmica de esquemas de corrupção que não pouparam ideologias, visões ou partidos, os debates de campanhas tornaram-se cada vez mais empobrecidos e adstritos a uma raquítica discussão da falsa ética e da penosa moralidade na política.

O resultado? A descrença considerável da população em sua classe de representantes e o desprezo dessa atividade como essencial ao Estado. Uma espécie de anomia política. Com isso, surgem aventureiros em época da pós verdade,¹ capazes de criar

¹ Em recente matéria publicada no Nexo Jornal, ficou constatado que o termo pós verdade (em inglês, “post-truth”) foi incorporada ao Oxford Dictionaries, departamento da universidade de Oxford responsável pela elaboração de dicionários, com o seguinte sentido: um substantivo “que se relaciona ou denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência em moldar a opinião pública do que apelos à emoção e a crenças pessoais”. A palavra é usada por quem avalia que a verdade está perdendo importância no debate político. <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9->

fatos inverossímeis, mas convincentes do ponto de vista da capacidade de gestão.

Neste trabalho pretendo analisar o processo de destituição da Presidente da República pelo Congresso, a partir da estipulação do rito processual dado pelo Supremo Tribunal Federal, além do processo de absolvição da chapa presidencial pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Há outros exemplos que merecem mais atenção e estudo para corroborar a tese que aqui se quer estudar, como a decisão proferida na ADPF 402/DF, do Supremo Tribunal Federal, que referendou, *em parte*, a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o artigo oitenta da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, podendo presidir as Casas legislativas e o Supremo Tribunal Federal, decisão esta proferida após a recusa do Presidente do Senado Federal em receber, das mãos do oficial de justiça do STF, a notificação da decisão monocrática e preliminar que o afastava do comando político da Casa.

Ou até mesmo a decisão liminar proferida na Ação Cautelar 4.039/DF, pelo então Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, que determinou a prisão do ex Senador Delcídio do Amaral, em contraste à decisão também liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, da mesma Corte, na Ação Cautelar 4.327/DF que não determinou a prisão de outro Senador da República também flagrado em grampos, Aécio Neves, devolvendo de forma também monocrática ao parlamentar seu mandato, um dia antes do início do recesso da Corte em julho deste ano.

Todos esses exemplos servem para elucidar e exemplificar o que afirmei na primeira frase deste trabalho: nossa crise ultrapassa o espectro político e adentra o institucional, gerando decisões judiciais e políticas cujo maior impacto é solucionar impasses momentâneos sem, contudo, arrefecer crises cada vez mais agudas.

A eleição de Dilma Rousseff em dois mil e catorze pode ser considerada consequência dos fenômenos acima apontados. Em um

segundo turno bastante acirrado, em que a candidata disputou uma eleição polarizada, haja vista que teve como adversário um candidato do principal partido de oposição a seu governo, Dilma sagrou-se vencedora com uma estreita margem de votos e tendo como estímulo de seus eleitores a forte rejeição ao projeto político que seu opositor – nos momentos em que ambos não se digladiavam em uma intrépida e contraproducente discussão sobre a ética na política – conseguiu apresentar ao eleitor.

A vitória da Presidente não deixou de ser questionada. A crise política esteve presente desde o momento de sua diplomação e sequer arrefeceu quando a governante tomou posse para seu segundo mandato, momento em que já se discutia, nas esferas judiciais, a validade do pleito finalizado.²

A perda da popularidade de Dilma Rousseff, já eleita em um país cindido e cultivado por um sentimento antagônico em relação ao projeto político que representava, tornou-se mais significativa à medida que ela adotava políticas de ajustes fiscais e econômicos contraditórios àquilo que pregava durante sua campanha. Daí para seu governo ser questionado, do ponto de vista da própria legitimidade política, foi questão de tempo.

Este é um trabalho acadêmico, escrito por um professor de direito. As circunstâncias políticas que nos levaram ao cenário pré impeachment no ano de dois mil e dezesseis estão, até aqui, contadas de forma concisa e descompromissada com metodologias mais apuradas, servindo apenas como introdução aos pontos que pretendo explorar na sequência.

O que intuo argumentar é que, para a crise política degradingolar para um processo de deterioração institucional, muitas vezes, dependeu da vontade reiterada de se buscar soluções por meios inadequados e, assim, se utilizar das instituições para resolver problemas políticos. Esse uso inadequado de instrumentos jurídico constitucionais pode agravar o problema em um país cujas instituições ainda estão em fase de amadurecimento, como no caso do Brasil, uma democracia com menos de trinta anos. E é isso que

² Faço aqui referência à Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) 1943-58.2014.6.00.0000, em curso no Tribunal Superior Eleitoral, ajuizada pela Coligação Muda Brasil e pelo Partido da Social Democracia Brasileira, protocolada em 18.12.2014, contra a chapa vencedora das eleições presidenciais, composta por Dilma Rousseff e Michel Temer. É possível perceber que a data do ajuizamento da ação é anterior à posse dos diplomados.

pretendo demonstrar ao estudar os casos citados.

1. O impeachment presidencial no ano de dois mil e dezesseis

O Brasil já viveu, além de dois impeachments presidenciais, também o impedimento sumário de duas lideranças à frente do comando do País. Corria o ano de 1955, quando o Senado Federal impossibilitou de assumir a Presidência da República Carlos Luz e Café Filho, respectivamente, concedendo a Nereu Ramos a tarefa de conduzir o País até a posse de Juscelino Kubitschek em mil novecentos e cinquenta e seis.³ Entendo não faltarem exemplos e experiências suficientes para que pudéssemos, após o advento da nova democracia pós oitenta e oito, aprender algo com o uso dos institutos constitucionais. Não parece que essa afirmação que fiz proceda.

Sem adentrar no mérito da capacidade e das condições políticas de Dilma Rousseff continuar à frente do executivo nacional, já adianto que minha posição com relação à sua deposição não coaduna com a tese de legitimidade do uso do impeachment como um meio de desaprovação, voto de desconfiança ou censura, instrumentos típicos do sistema parlamentarista, porém não previstos no presidencialismo forte que vigorou no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal.

Insisto no termo acima utilizado: presidencialismo forte. Desde a promulgação da Constituição vigente, ficou latente a predominância das ações do Poder Executivo na construção das políticas públicas e, em grande parte, sua prerrogativa para deflagrar o processo legislativo que as moldam juridicamente. Não por outro motivo, o artigo 61 da Constituição reservou ao chefe de governo a iniciativa de criar a legislação sobre assuntos de maior

³ Interessante notar que no ano de 1955 já vigorava a Lei 1.079 de 10.04.1950 que regulamentara o processo de impeachment no Brasil. Entretanto, seus prazos de tramitação foram ignorados em ambos os procedimentos sumários de impedimento do então Presidente da Câmara e do Vice Presidente da República, pois a situação era considerada de enorme gravidade, desde o suicídio de Getúlio Vargas, passando pela não aceitação dos setores mais conservadores da política brasileira à época, dentre os quais a União Democrática Nacional e parte significativa das Forças Armadas, da validade do pleito que consagrou Juscelino vitorioso com pouco mais de três milhes de votos e esqualido percentual de 35,68% do eleitorado, dado que à época não havia eleições em dois turnos.

importância e relevância nacional.

Eis o modelo que adotamos: aquele denominado por Sérgio Abranches e reiteradamente utilizado: o “*Presidencialismo de Coalisão*”, que na visão do autor, confere ao Brasil ser o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “*presidencialismo imperial*”, organiza o Executivo com base em grandes coalisões.⁴

Dentro desse modelo, a força do Executivo sobre a condução dos trabalhos parlamentares coloca-se como imperioso, e a liderança do Presidente da República é essencial para a condução dos trabalhos legislativos, liderança esta que encontra a sua legitimidade na significativa quantidade de votos que é dada ao chefe de estado e de governo, a fim de que possa colocar em prática seu programa de governo.

Infelizmente, no Brasil, a aliança que conforma o poder do Presidente da República, ao invés de se pautar por premissas programáticas, cada vez mais trabalha com a lógica pragmática, de loteamento de cargos e funções na vasta esfera do governo federal, abrigo aliados de parlamentares em cargos e órgãos cuja importância para a condução das políticas públicas setoriais acaba comprometida pelos interesses políticos, para não dizer econômicos, que resguardam essas funções.

Estou convencido que a falta de habilidade política da Presidente deposta foi, em grande parte, responsável pela insatisfação de significativa parcela do Parlamento, composta por aquilo que ficou conhecido como “*baixo clero*”, ou seja, parlamentares sem influência na condução das atividades legislativas, mas detentores de uma arma valiosa: o voto, capaz de transformar as políticas públicas estruturadas pelo Executivo em diplomas normativos e aplicáveis à sociedade.

A negociação a ser feita para conseguir prover de roupagem jurídicas as ideias políticas estruturadas dentro dos ministérios, longe de ocorrer de uma forma aberta e comprometida com os interesses da sociedade, passou a se dar de maneira direta e com a distribuição de cargos e funções. Assim, requer-se do governo e do próprio presidente a habilidade política para trocar suas ideias pelos

⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de Coalisão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In *Revista de Ciências Sociais*. v. 31, n. 1, 1988. p. 5-32.

votos que necessita no congresso e, longe de aplicar uma política de convencimento pelos argumentos, o que se pratica é uma política de persuasão em troca de benesses e funções.

À medida que a Presidente perdeu apoio popular, adotando ações contraditórias em relação a seu projeto de governo, frustrando em grande parte seus eleitores e colaborando com medidas de austeridade que levaram a uma quase recessão econômica, sentida no bolso pelos consumidores, não foi difícil constatar que a insatisfação parlamentar, já existente desde seu primeiro governo, pegou carona com a impopularidade seletiva das ruas para exigir cada vez mais o pragmatismo com o intuito de garantir a sustentação governamental.

Enquanto o governo não cedia àquilo que julgava ser uma chantagem em troca de apoio, esse descontentamento parlamentar ganhou corpo e se consubstanciou em uma candidatura antagônica ao Governo à presidência da Câmara dos Deputados, que levou à eleição do então Deputado Eduardo Cunha ao comando da Casa em primeiro de fevereiro de dois mil e quinze. Daí não demorou para que o novo Presidente, acossado por inúmeras denúncias de corrupção e sem o respaldo do Poder Executivo, acabasse por aceitar, ainda no mesmo ano, no dia dois de dezembro, o pedido de impeachment formulado por juristas contra a Presidente da República.

E eis aqui uma conclusão a qual quero chegar: o instituto do impeachment acabou por ser usado, pelo Parlamento, como a solução possível para dar o desfecho de toda a crise política e conjuntural que se desenhava, sem, contudo, ser o instrumento jurídico adequado para o fim almejado. E é a partir do uso inadequado de dispositivos constitucionais pelos diferentes poderes que afirmo: a crise deixa de ser política, para ser também institucional.

Cabe-nos, por hora, analisar o processo de destituição da Presidente a partir da cronologia dos fatos técnicos, descolados das paixões políticas, pois o intuito deste capítulo, neste momento, é tentar demonstrar o que acima se afirmou: a utilização instrumento do impeachment de forma equivocada para a deposição de Dilma Rousseff. A partir da discrição cronológica dos fatos, analisaremos seus impactos na crise política e institucional que adveio dele.

Para tanto, julgo fundamental neste momento considerar que Eduardo Cunha acatou o pedido em eventual retaliação ao

Governo, que não teria lhe garantido os votos necessários para a sua absolvição no conselho de ética, onde o Presidente da Câmara enfrentava processo por quebra de decoro parlamentar.⁵ Também considero importante levar em consideração que a peça inicial do pedido de impeachment foi financiada pelo Partido da Social Democracia Brasileira, que saíra derrotado das eleições presidenciais e já havia ingressado com a AIJE 1943-58 já citada.

Em quinze de abril do ano de dois mil e quinze, o Plenário do Tribunal de Contas da União concluiu que o Governo havia realizado empréstimos simulados entre a administração direta e os bancos públicos, operação essa vedada pela Lei Complementar 101/2000. A decisão do Pleno tomou como base o parecer do Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Júlio Marcelo Oliveira.

Em sete de outubro do mesmo ano, o Tribunal votou, à unanimidade, pela rejeição das contas presidenciais relativas ao exercício fiscal de 2014, conforme consta dos acórdãos 2459 e 2460/Plenário,⁶ que rejeitaram a arguição de parcialidade do Ministro Relator, ex-deputado federal pelo Partido Progressista e escolhido para o cargo de Ministro do TCU pela Câmara dos Deputados, Augusto Nardes, e acolheram o parecer pela desaprovação das contas presidenciais na íntegra.

A denúncia de impeachment que acabou aceita pelo Presidente da Câmara seria apresentada no dia dezesseis daquele mesmo mês de outubro. Em sua inicial, a petição cita, em cinco diferentes parágrafos, o parecer do TCU referente às operações de crédito então sob análise, reitero, referente ao exercício fiscal do ano de dois mil e quatorze, no qual o plenário do TCU sugeria a reprovação, pelo Congresso Nacional, das contas presidenciais, condição imprescindível, a meu ver, para caracterizar a materialidade de crime de responsabilidade, base legal do pedido de impeachment e não eventual crime comum, passível de

⁵ Como o recebimento da denúncia contra o Presidente da República pela Câmara é um ato unilateral e discricionário do Presidente da Câmara dos Deputados, conforme previsto no artigo 218, § 2, do Regimento interno da Câmara dos Deputados, o então presidente da Casa sequer precisou de apoio parlamentar para receber o pedido inicial.

⁶ Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2015_4_0.pdf. Acesso em 30.05.2017.

responsabilização administrativa ou improbidade, institutos jurídicos diferentes e com consequências nada similares aos crimes de responsabilidade.

Em três de dezembro, o presidente da Câmara acatou o pedido formulado, mesmo sem a rejeição, pelo Congresso, das contas presidenciais do ano de dois mil e quatorze. Nessa mesma data, o Congresso aprovou o Projeto de Lei do Congresso Nacional 05/2015,⁷ e estipulou nova meta fiscal para o ano, por trezentos e sessenta votos contra cento e quinze. O Governo ganhou o aval do Congresso para acumular um saldo negativo de cento e dezenove bilhões de reais nas contas públicas naquele ano. Se a revisão da meta fosse rejeitada pelo Congresso, o Governo não conseguiria cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em vinte e dois de dezembro do mesmo ano, O senador Acir Gurgacz (PDT/RO), relator das contas da presidente Dilma Rousseff de dois mil e catorze, apresentou parecer favorável, com ressalvas, à aprovação dos gastos do governo federal e contrário ao parecer do Tribunal de Contas da União, que em sua função apreciativa, prevista no art. 71, I da Constituição Federal, emite parecer não vinculativo, mas meramente opinativo, ocasião em que opinou pela rejeição das contas presidenciais de dois mil e quatorze. Entretanto, a Mensagem (CN) 04/2015, ainda aguarda a deliberação da Comissão Mista de Orçamento, sem sequer ter sido apreciada.⁸

Em dezessete de abril de dois mil e dezesseis, mesmo sem a aprovação das contas presidenciais pelo Congresso do ano de dois mil e quatorze, e sem a manifestação do Pleno do Tribunal de Contas da União sobre eventuais operações semelhantes de crédito realizadas pelo governo federal em seu novo mandato, o plenário da Câmara, em uma sessão constrangedora,⁹ aprova a abertura do

⁷ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122481>. Acesso em 29.05.2017.

⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120522>. Acesso em 30.05.2017.

⁹ Ouso aqui explicar o porquê do adjetivo utilizado. Atenho-me apenas aos votos proferidos no plenário da Câmara por dois parlamentares especificadamente. A primeira, a Deputada Raquel Muniz (PSB/MG), que inicialmente dedicou seu voto às vítimas da BR-251 e depois a seus filhos e netos. Ao cabo, elogiou seu marido e prefeito do Município de Montes Claros, Ruy Muniz, pela honestidade e exemplo de gestão. No dia seguinte ao seu voto pelo prosseguimento do

processo de impeachment da Presidente da República, posição essa ratificada pelo Senado Federal em doze de maio do mesmo ano, data em que a Presidente é afastada do cargo.

No mês seguinte, em quatorze de junho, o plenário do Tribunal de Contas da União volta a se manifestar sobre as contas presidenciais, agora em relação ao ano fiscal de dois mil e quinze, concluindo que as chamadas “pedaladas” daquele ano também seriam empréstimos maquiados com bancos públicos.

No dia vinte e sete daquele mesmo mês, três peritos do Senado (Diego Prandino Alves, João Henrique Pederiva e Fernando Álvaro Leão Rincon) entregaram à Casa um laudo a respeito das acusações contra a presidente. Em relação à primeira acusação, de autorização de crédito suplementar por decretos orçamentários sem autorização do Congresso, os peritos identificaram que três destes diplomas (totalizando dois bilhões e trezentos milhões de reais do orçamento federal de mais de um trilhão de reais) de fato exigiriam autorização dos parlamentares. Entretanto, ainda de acordo com os peritos, a Presidente não teria sido alertada pela Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento a respeito "*de incompatibilidade com a meta fiscal*". Além disso, mesmo que os decretos fossem incompatíveis com a meta fiscal vigente, esta constaria do Projeto de Lei do Congresso Nacional 05/2015, que seria aprovado pelo Parlamento em dezembro de dois mil e quinze, ou seja, haveria consentimento mútuo do próprio Congresso em relação às operações.

impeachment, seu marido foi preso pela polícia federal e ambos se tornaram alvo de inquérito por suspeita de sonegação fiscal, falsidade ideológica, estelionato e lavagem de dinheiro no STF. Da mesma forma, cito o voto do Deputado Caio Nárcio (PSDB/MG), que atado à bandeira do Brasil, afirmou que seu pai dizia que decência e honestidade não eram "*possibilidade, era obrigação*". Após entoar parte do hino nacional, e votar pelo sim à continuidade de tramitação do impeachment, o Deputado viu seu pai ser preso, no mês seguinte, na Operação *Aequalis* da Polícia Federal, por suspeita de desvio de verba pública. O esquema teria desviado R\$ 18 milhões que deveriam ser destinados à Fundação Hidroex, vinculada à Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior de Minas Gerais, pasta que Narcio Rodrigues comandou entre 2010 e 2014. É evidente que os fatos aqui descritos não invalidam o processo de impeachment ou maculam suas fases. Trata-se apenas de fazer referência à discussão sobre a corrupção, sequer objeto do pedido inicial, sem que se discutisse o mérito da questão. Além disso, restou comprovada a falta de legitimidade de parte dos parlamentares para discutir tema tão constrangedor – a eles próprios.

Mesmo assim, conforme se pode depreender das conclusões do documento senatorial, à página duzentos e quatorze, ainda que a Secretaria de Orçamentos e Finanças do Ministério do Planejamento não tenha alertado a incompatibilidade da meta fiscal, quando da elaboração do decreto a ser assinado pela Presidente, e ainda que o montante efetivamente gasto sem autorização de lei tenha sido irrisório antes do ajuste da meta fiscal autorizado pela Lei 13.199/2015, conclui-se haver “*ato comissivo da Exma. Sra. Presidente da República na edição dos Decretos, sem controvérsia sobre sua autoria*”¹⁰

Em relação à segunda acusação, referente às operações de créditos no Plano Safra, afirmaram os peritos que de fato houve atraso no repasse do Tesouro ao Banco do Brasil, o que pode caracterizar desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, mas “não foi identificado ato comissivo” da Presidente, que “tenha contribuído direta ou indiretamente para que ocorressem os atrasos nos pagamentos”.¹¹

O que restou configurado pelo Senado como ato comissivo foi a edição de três decretos presidenciais, cujo valor era irrisório em relação ao montante financeiro orçamentário, valor irrisório este que não foi gasto em sua totalidade até o ajuste da meta fiscal, editados por decretos elaborados pela Secretaria de Orçamento Federal sem que se fizesse menção à Presidente da eventual incompatibilidade. Embora o parecer fale em ato comissivo, não há imputação de crime de responsabilidade pela perícia, nem no caso da emissão dos decretos, nem em relação às operações no âmbito do Plano Safra, onde o parecer é taxativo na exclusão de qualquer responsabilidade direta da Presidente da República.

Eis o estado da arte: um julgamento de crime de responsabilidade a partir do parecer do Tribunal de Contas da União que opinou pela rejeição de contas anteriores ao mandato atual, contas essas que não foram apreciadas pelo Poder soberano para rejeitá-las ou aprová-las, qual seja, o Congresso Nacional, por um eventual descumprimento, segundo os peritos do próprio Senado, de um montante de parte dos dois bilhões e meio de reais de um orçamento de mais de um trilhão de reais naquele mesmo

¹⁰ <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/27/laudo-da-junta-pericial>. p. 214. Acesso em 19.06.20017.

¹¹ Idem. p.216.

exercício de 2014.

Em trinta e um de agosto de dois mil e dezesseis, após um longo e extenuante processo de impeachment, a presidente é condenada à perda de seu cargo. Utilizando-se o precedente do caso Fernando Collor, que havia renunciado antes do julgamento final do Senado – o que o torna um caso peculiar –, a perda do cargo é separada da supressão dos direitos políticos, mantidos para Dilma, ao contrário do que dispõe o parágrafo único do artigo 52 da Constituição. A separação de ambas as penas, culminando com a perda de mandato, mas mantendo os direitos políticos certamente não encontram precedentes e a meu ver, tampouco amparo legal e constitucional, embora tenha sido aplicada.

Ao Supremo Tribunal Federal coube estruturar o rito e os procedimentos a serem seguidos pelo Congresso, mais especificamente Câmara e Senado, ao longo do processo de impeachment, conforme estipulado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.498/DF, cuja relatoria foi do Ministro Teori Zavascki. Na ação, julgada em quatorze de abril de dois mil e dezesseis, ou seja, três dias antes da votação em plenário na Câmara dos Deputados do pedido de abertura do processo, ficaram estipulados todos os procedimentos de votação a serem seguidos pela Câmara dos Deputados quando da deflagração do impeachment. A ementa do julgamento foi assim reproduzida:

EMENTA : CONSTITUCIONAL. VOTAÇÃO, PELO PLENÁRIO DA CASA LEGISLATIVA, DE PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL SOBRE ABERTURA DE PROCESSO DE IMPEACHMENT CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ART. 187, § 4º, DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. APLICAÇÃO DE MODELO DE VOTAÇÃO ALTERNADA, DO NORTE PARA O SUL. PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME, PARA IMPOSIÇÃO DE ORDEM ALFABÉTICA OU, ALTERNATIVAMENTE, DE VOTAÇÃO SIMULTÂNEA, POR MEIO DE PAINEL ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. Ação direta centrada na tese de que o processo de votação nominal por chamada, por gerar “efeito cascata” sobre o convencimento dos julgadores, comprometeria a imparcialidade do julgamento, violando os princípios do devido processo legal, da moralidade, da impessoalidade e da República. 2. Interferências recíprocas nas

manifestações dos julgadores são inevitáveis em qualquer ordem de votação nominal, seja qual for o critério de sequenciamento adotado, não sendo possível presumir a ilegitimidade da deliberação do colegiado parlamentar, por mera alegação de direcionamento, em um ou outro sentido. 3. A Constituição Federal não estabelece ordem de votação nominal que possa ter sido afrontada pela norma regimental atacada. Ausência de demonstração das lesões constitucionais deduzidas. 4. Medida cautelar indeferida, por ausência de relevância dos argumentos deduzidos na inicial.¹²

O que se constata ao longo da leitura do acórdão é a busca da Suprema Corte em afirmar e, de certa forma, estabelecer um rito de procedimentos para a abertura do processo de impeachment. Uma tentativa de estabelecer uma série de atos que tornassem legítimo o processo a ser seguido pelo Congresso. Gostaria de me ater a esse ponto. Processualistas ressaltam haver uma tênue distinção entre processo e procedimento. Nunca é demais ressaltar que o segundo é pressuposto para a existência do processo em si. É a série de procedimentos que forma o processo. Esse, por sua vez, reveste-se de uma finalidade intrínseca.¹³

O que se buscou fazer no Supremo Tribunal Federal foi estipular uma série de procedimentos que tornassem estruturado o processo de impeachment e toda a sua tramitação. Em nenhum momento a Suprema Corte analisou o mérito do pedido inicial e tampouco estipulou condicionantes para que ficasse configurado o crime de responsabilidade propriamente dito. A minha humilde visão diz que este deveria ser um ponto a ser tratado pelo STF, uma vez que já teria havido a sua participação na condição do processo de destituição presidencial. Mas não. O Supremo limitou-se a ditar

¹² file:///C:/Users/30022872/Downloads/texto_311774094.pdf. Acesso em 18.06.2017.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 390. O autor resalta que a diferença entre processo e procedimento está, justamente, na atribuição de finalidade àquele, o que não existe quando é analisada a série de atos procedimentais que estruturam o processo. Nas palavras do autor: “O processo foi visto a partir do seu fim de atuação da lei. Já o procedimento foi encarado como algo eminentemente formal ou como uma mera seqüência de atos. Ao procedimento não foi atribuído qualquer fim. Mas como procedimento e processo seriam duas faces de uma mesma realidade, é possível dizer que o procedimento seria a forma de algo que somente adquiriria relevância quando considerado a partir de um objetivo”.

o procedimento, deixando o conteúdo para o Congresso, pontuando tão somente a forma do rito constitucional.

2. A absolvição da chapa presidencial pelo Tribunal Superior Eleitoral

Superando a discussão do impeachment, mas tratando do mesmo tema, julgo prudente analisar a recente decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral na Ação de Investigação Judicial Eleitoral n.1943-58.2014.6.00.0000 já citada, cujo parecer da relatora inicial no Tribunal, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, era pelo arquivamento da ação, por falta de provas técnicas que comprovassem ilícitos diretos dos membros da chapa presidencial, no caso, Dilma Rousseff e Michel Temer. Em fevereiro do ano de dois mil e quinze, a relatora pede o arquivamento da ação por ausência de provas.

Em março do mesmo ano, a “*Coligação Muda Brasil*”, proponente da ação, recorre ao plenário do Tribunal Superior Eleitoral da decisão proferida, de forma monocrática, pela Ministra Relatora, ocasião em que o Ministro Gilmar Mendes pediu vista do processo. Ao apresentar voto em separado (voto-vista),¹⁴ em agosto daquele ano, e portanto antes do processo de impeachment que culminou com a deposição da Presidente Dilma Rousseff, o Ministro opina pelo prosseguimento da ação, alegando, por exemplo, que não houve instrução processual do feito antes da relatora extinguir, de forma monocrática, o processo (página seis do voto abaixo citado).

Mais, alegou o Ministro a importância do prosseguimento da ação no TSE para que o Tribunal, enquanto instituição, cumprisse o seu papel, assim afirmando à página dez do referido documento:

Temos que zelar para que as instituições funcionem, porque se as instituições não funcionam, perdem o seu sentido. Estamos a ver, neste momento, o que está acontecendo com o Tribunal de Contas da União, o que resultou no adiamento que é considerado um tipo de “acordão”. Vejam o mal que isso está causando às instituições. As instituições que não funcionam não são levadas a sério. Também devo

¹⁴ <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/voto-vista-do-ministro-gilmar-mendes-na-aime-761>. Acesso em 19.06.2017.

dizer, Senhores Ministros, que levei 5 meses para trazer este pedido de vista por uma razão: a toda hora tinha que fazer atualizações em função dos fatos que se sobrepõem – como já se disse, atribuindo-se ao Ministro Teori Zavascki, “puxa-se uma pena e vem uma galinha na Lava Jato” –, conexos com os que estão aqui, como veremos, tanto é que me vi obrigado a fazer várias atualizações no texto para as quais chamarei a atenção.

Ao adentrar o mérito de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes faz alusão à suposta seletividade do TSE em julgar e cassar mandatos de prefeitos e políticos sem maior expressão no cenário nacional, poupando os políticos de maior vulto da mesma análise e cominação de penas, conforme se pode observar às folhas treze e quatorze de seu voto:

Senhores Ministros, como sabem, não sou neófito na cena judicial política e há muito observo o Tribunal Superior Eleitoral, antes mesmo de aqui chegar. Sei e até entendo que de certa forma isto se justifica: que há certa assimetria, já disse isso, na própria jurisprudência do TSE. O Tribunal é muito valente para cassar prefeitos de interior, por exemplo, mas é muito reticente em relação às disputas nas capitais, por razões que talvez justifiquem um equilíbrio, ou um imaginário equilíbrio que exista. O TSE é muito corajoso às vezes para cassar um governador da Paraíba, mas não quer se meter na disputa em São Paulo, ou no Rio de Janeiro, ou mesmo em Minas Gerais. Há uma assimetria. Referindo-se a este caso alguém disse: “Se fosse um caso de prefeito de capital, já teria havido uma decisão”. Há uma assimetria e talvez tenha uma razão. Lembro-me de que, nas eleições do Município de São Paulo, eu estava aqui, quando disputavam, salvo engano, a então prefeita e hoje Senadora Marta Suplicy e José Serra, o Presidente Lula chegou a inaugurar até buracos em São Paulo, e, não obstante, não se alterou o resultado das eleições, porque era uma luta de titãs – então o Tribunal não se mete lá, a Justiça Eleitoral não se pronuncia. Todavia se presume que em outros lugares haja abuso. Claro!.

E ao discorrer sobre os fatos apresentados na inicial, em relação à empresa Focal e o financiamento de campanha com recursos oriundos da Petrobrás, abuso de poder por meio de propaganda eleitoral de sindicato e recebimento de recursos de

organizações não governamentais, uso da rádio e televisão – IPEA, o ministro aponta, preliminarmente, “*que determinados fatos não estão respaldados em mínimo conjunto probatório, ora entende que configurariam abuso do poder político, que não se inserem como causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo*”, conforme consta na folha quinze de seu voto.

Ao fim e ao cabo de seu voto, o Ministro alega, então, a necessidade de instrução probatória dos autos, para então divergir da Ministra Relatora, no que concerne ao arquivamento da ação:

Portanto, considerados todos os fatos articulados na inicial, o conjunto probatório constante dos autos, com decisões do Tribunal Superior Eleitoral a propósito do tema inclusive (...) e o noticiário diário que revela possível utilização de recursos oriundos de corrupção na campanha presidencial, entendo, diferentemente da relatora, que esta ação de impugnação de mandato eletivo deve ser instruída. Como eu disse no início do meu voto, Senhores Ministros, não me move nenhum propósito, que não seja a solução para o grave impasse institucional que o país hoje vive. Não imagino que, necessariamente, teremos de decidir aqui no Eleitoral o mandato de presidente. Mas os fatos são suficientemente graves para demandar pronunciamento desta Corte, pois servirá, pelo menos, para orientar as Cortes Eleitorais, para dar sinal de que a Justiça Eleitoral existe e que não precisa ser supressa como aquela universidade boliviana. O seu destino não pode ser discutido como se discute hoje, abertamente, o destino institucional do Tribunal de Contas da União. É disso que se cuida, é do nosso apreço pelas instituições. É preciso que sejamos dignos deste mandato, sejamos maiores do que a própria insignificância individual. (...) O pouco que já se revelou, e certamente há muito a se revelar, já é suficiente para que nos preocupemos. Se houve dinheiro de propina sistêmica da Petrobras na campanha eleitoral, isso deve ser investigado, e não só para diletantismo acadêmico, Ministra Maria Thereza. Já é uma coisa curiosa: corrupção, lavagem de dinheiro na Justiça Eleitoral. (...) É razoável que se instale um modelo como este, que o país passe a funcionar dessa maneira, em que dinheiro de propina sai para partido do governo e comece a circular! É razoável? Isso precisa ser investigado. Que as doações eleitorais sejam fruto de propina! Transmuda tudo, isso precisa ser esclarecido também no âmbito da Justiça Eleitoral para que entendamos o mecanismo utilizado. Tenho dito ao Ministro Dias Toffoli que temos que ter hoje

um grupo de experts em campanha eleitoral que já estiveram do outro lado, para nos contar, para que não tenhamos a cara “de São Jorge no prostíbulo”, para que possamos ir além, para que de fato não possamos coonestar práticas desse tipo. (...) Se assim é, com todas essas conotações, precisamos refletir sobre nossas responsabilidades institucionais. Um interlocutor político importante disse-me esses dias, tentando resumir as apreensões do momento: “Ministro Gilmar – um homem de elevada estatura e de grande responsabilidade política –, ‘ladrões de sindicato transformaram o país num sindicato de ladrões’”. É grande a responsabilidade deste Tribunal, pois não podemos permitir que o país se transforme em um sindicato de ladrões.” (páginas trinta e três e trinta e quatro do referido voto.

Em outubro de dois mil e quinze, o voto divergente de Gilmar Mendes é vencedor no TSE, por cinco a dois, ficando vencida a relatora e a Ministra Luciana Lóssio. O processo contra a chapa presidencial é reaberto. Ao deixar o Tribunal em agosto do ano seguinte, após o término de seu mandato, a relatora é substituída pelo Ministro Herman Benjamin, também oriundo do Superior Tribunal de Justiça. Neste mesmo mês, Dilma Rousseff seria deposta em definitivo e Michel Temer efetivamente empossado.

Seguindo a orientação do voto vencedor, o novo relator começa uma nova fase instrutória do processo. Em março de 2017, são ouvidos executivos da construtora Oderbrecht que relatam o pagamento de por vias não legais de montantes de recursos oriundos da Petrobrás, - empresa citada diretamente no voto vista do Ministro Gilmar Mendes - para a chapa *sub judice*.

Em abril, é concedido mais prazo para as defesas tomarem conhecimento das novas acusações trazidas nessa nova fase processual de instrução e o julgamento é retomado em junho deste ano, com indícios fortes de que o relator votaria pela cassação da chapa presidencial após ouvir, inclusive, os marqueteiros da campanha, como acabou por fazer, consoante consta de seu voto, proferido no dia nove, por entender que houve abuso de poder político e econômico na campanha da Presidente e de seu vice na última eleição presidencial.

De acordo com o relator,

[...] é incontestável a ocorrência de tais crimes”, o que o

leva a reconhecer “pelo fundamento do conjunto da obra, os vícios que levam a cassação da chapa formada pela Coligação Com a Força do Povo.

O ministro informou que, após ampla análise das provas e fatos, constatou nos autos propinas “*gordura*” e “*poupança*” na Petrobras através de pagamento feito pela empresa Keppel Fels à Mônica Moura em 2014. Além disso relatou que contrato da Sete Brasil com a construção de navios-sonda da Estatal ajudou na distribuição de propinas ao Partido dos Trabalhadores à conta corrente permanente da Odebrecht para a compra de apoio político para a chapa da Coligação “*Com a Força do Povo*”, por meio de tempo de propaganda no rádio e na televisão.

Afirmou, ainda, a existência de setor de operações estruturadas da Odebrecht e o pagamento de caixa dois em benefício de Mônica Moura em prol da campanha da coligação em 2014. E, finalmente, acrescentou o ministro, ilícitos comprovados em relação aos gastos da Coligação Com a Força do Povo na eleição de 2014.

Questionado se seu voto seria aplicado à chapa ou aos candidatos individualmente, o relator foi enfático: “*A minha conclusão é pela unicidade da chapa. Estou aplicando a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Ninguém elege vice-presidente da República. No Brasil, elegemos uma chapa, que esteja irmanada para o bem ou para o mal*”.

Por diversas vezes ele ressaltou que existe vasta comprovação de que tanto o Partido dos Trabalhadores (PT) quanto o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) receberam, de maneira continuada, propinas de empresas com contratos com a Petrobras, destinadas à eleição. Segundo ele, isso teria ocorrido tanto por meio de doações oficiais como por caixa dois. O ministro denominou as quantias repassadas como “*propina-poupança*” e “*propina-gordura*”.¹⁵

Na sessão de julgamento de sete de julho, o Ministro Gilmar Mendes, agora na condição de presidente do TSE, profere uma frase que parece contrastar com seu próprio voto vista, ao afirmar que

¹⁵ <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/ministro-herman-benjamin-vota-pela-cassacao-da-chapa-dilma-temer-por-abuso-de-poder-politico-e-economico> Acesso em 14.07.2017.

Há exageros. Às vezes, por questões pequenas, cassamos mandatos [...] é preciso moderar a sanha cassadora porque de fato você coloca em jogo outro valor, que é o valor do mandato, o valor da manifestação popular certa ou errada.

Ao abrir a divergência, os quatro ministros que votaram pela absolvição da chapa presidencial (Gilmar Mendes, Napoleão Nunes, Admar Gonzaga e Tarcisio Vieira) desconsideraram os depoimentos de executivos da Odebrecht e dos marqueteiros João Santana e Mônica Moura, que citavam abertamente o pagamento de propinas na campanha que deu a vitória a Dilma e a seu vice Temer em 2014.

A exclusão foi decidida em preliminares ao julgamento, antes de o Tribunal adentrar o mérito da ação, impedindo-se, dessa forma, uma análise concreta do conjunto fático probatório trazido à tona pela nova fase de instrução processual. Assim, o TSE furtou-se a aprofundar um grave e explícito problema que permeou as últimas eleições brasileiras: o abuso de poder econômico que macula há tempos o processo eleitoral, cominando pena ou a absolvição, se fosse o caso, dos envolvidos no processo.

Vale aqui trazer à tona trecho dos votos dos quatro ministros que decidiram pela absolvição da chapa após rejeitar a juntada de provas nas análises preliminares. Começo analisando o voto do Ministro Napoleão Nunes Maia, que antes de proferi-lo, mostrou imensa fúria e indignação pelo fato de seu nome aparecer, segundo a imprensa, nas delações feitas pelos executivos da Construtora OAS. Em um insólito voto que mesclou alguns entendimentos jurídicos com preceitos de religião, afirmou o Juiz:

Eu recebi da diaconia minha igreja em Fortaleza uma pergunta sobre isso, esse negócio da OAS. Respondi ao pastor, simplesmente assim: 'Com a medida com que me medem serão medidos, e sobre ele desabe a ira do profeta'. É uma anátema islâmica. Não vou dizer o que é. Sou inocente de tudo isso, estou sendo injustamente, perniciosamente, sorrateiramente, desavergonhadamente prejudicado.

(...)

Pôncio Pilatos tentou democratizar e deu no que deu. Perdeu o controle. Não pôde conter a fúria do povo, porque cometeu a insensatez de perguntar 'o que vocês querem'. 'Solto esse ou aquele?' 'Eis o homem.' 'Está bom

assim?’ ‘O que querem que eu faça?’ ‘Crucifique’. Passou à humanidade como um pusilânime e um covarde.

(...)

Isso não é democrático. Democrático é respeitar o mandato de quem ganhou e punir, na esfera criminal, quem tiver cometido crime. (...) Uma coisa é punir as pessoas por crime, outra coisa é punir quem ganhou a eleição do exercício do mandato. (...) Quando se defende a garantia dizem que está se afagando a cabeça dos infratores. Esse é outro mito que tem de ser desfeito com urgência. O garantismo é uma coisa, a impunidade é outra. É uma garantia para todos. Nenhuma pessoa pode abdicar desse direito de ser processado com justiça, de ser julgado com critério. Fora disso, é o arbítrio, é a invencionice, a perseguição, o punitivismo desenfreado. As garantias são para proteger o sujeito que está sendo processado. Tem de se preservar aqui a soberania popular, o voto. Nos países desenvolvidos, como nos Estados Unidos, não se aceita isso, não.

O Ministro Admar Gonzaga, por sua vez, iniciou seu voto fazendo veemente crítica ao pedido de suspeição formulado pelo Procurador Geral Eleitoral, Nicola Dino, pelo fato de o magistrado já ter atuado como advogado da chapa *sub judice*. E foi enfático:

Não está em jogo aqui uma causa das eleições de 2010 que advoguei, e fiz com todo o esforço, e quando daqui sair, respeitada a quarentena, o farei novamente. Temos verificado essa astúcia de trazer, pouco antes da minha manifestação, uma espécie de constrangimento que eu não merecia. Esse comportamento tático não vai me constranger. Estou aqui revigorado para honrar os colegas que estão aqui.

Ao analisar o mérito do processo, à luz das provas e fatos, afirmou o ministro, utilizando-se de comparações coloquiais e referências ao mundo animal para concluir seu raciocínio:

Diante disso, à míngua de um contexto probatório contundente diante da gravidade sustentada, não reconheço a prática de abuso de poder em decorrência dos fatos em análise. (...) Não vislumbro a ocorrência de outros fatos que corroborem a destinação de fato abusivo (...) É preciso resguardar a segurança jurídica e política no exercício dos mandatos. É essencial conferir o mínimo de legitimidade aos exercentes do poder político, que não

podem tomar decisões importantes com a espada de Dâmocles na cabeça, e uma espada que aumente de tamanho a cada dia. (...) No Brasil de hoje, a cada vez que se mete a mão sai uma galinha. Mas tem que se reformular a ideia para o direito eleitoral. Pode sair a pena, mas tem que ser daquela galinha.

Em linha de raciocínio parecida, porém de forma mais sucinta, também votou o Ministro Tarcísio Vieira, em pronunciamento rápido porém elucidativo em relação ao seu breve pensamento, ao afirmar que:

Não houve qualquer confirmação categórica de testemunhas acerca da utilização de propina de contratos de empreiteiras vinculadas com a Petrobras na campanha de 201",

Por fim, ao proferir o seu voto de desempate, o Presidente da Corte Eleitoral, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou posicionamento que havia veiculado, via imprensa, dias antes, quando afirmou a necessidade de se conter a “*sanha caçadora*” do Tribunal, afirmando que:

Não se substitui um presidente da República a toda hora. A Constituição valoriza a soberania popular, a despeito dos valores das nossas decisões. Mas é muito relevante. A cassação de mandato deve ocorrer em situações inequívocas. (...) Talvez devemos voltar, pelo menos, até 2006. Isso contaminaria todos os fatos do governo Lula, do governo Dilma 1 e do governo Dilma 2, enquanto ele durou. É disso que estamos falando, é esse o objeto da discussão, não estamos falando aqui de uma reintegração de posse. (...) Golpes que são engendrados na calada da noite, por isso que o sistema precisa de estabilidade. É muito fácil fazer o discurso da moralidade. Também eu, ninguém vai me dar lição, aqui, de combate à corrupção, também eu quero isso.

Não há como negar ter havido uma significativa mudança de entendimento do Tribunal Superior Eleitoral em relação à colheita de provas e em relação à instrução processual, dada a gravidade do resultado do julgamento, que poderia levar à cassação de um Presidente da República.

Vale ressaltar que mudanças de entendimentos dos ministros da maior Corte eleitoral é algo comum, haja vista que o TSE não possui composição estática, sendo renovado de dois em dois anos, a

partir de um rodízio de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além da escolha presidencial de dois ministros do campo da advocacia, com o mesmo período de mandato.

Entretanto, a mudança de composição de membros da Corte não pode ser usada como amuleto, seja para desconsiderar sua própria jurisprudência, seja para retirar coerência de seus julgamentos históricos e precedentes. No caso da AIJE em estudo, o mínimo que se esperava, no que se refere à coerência processual, após a vitória do voto vista divergente do Ministro Gilmar Mendes, era que se levasse em conta as provas colhidas, mesmo que no final os ministros viessem a absolver a chapa investigada.

Vale ressaltar o posicionamento do Ministro Relator, ao analisar este como o julgamento mais importante do Tribunal. O julgamento de uma chapa presidencial até então era fato inédito na Corte. O que se esperava do Tribunal era coerência com o seu histórico, com os procedimentos de instrução processual e com os fatos jurídicos trazidos à tona com a ação, ainda que, diante de todos esses procedimentos, o veredicto fosse pela absolvição da chapa presidencial.

Ao que parece, entretanto, é que o cenário influenciou de forma determinante. Diante do desinteresse da própria coligação autora em dar seguimento ao feito, após a deposição de Dilma Rousseff e da assunção do poder por Michel Temer, além de uma postura leniente do Ministério Público Eleitoral, que não demonstrou autoridade necessária para instruir o julgamento, não havia empecilhos aos Ministros para que votassem de acordo com o momento político, desprezando o histórico processual e suas fundamentações de fatos e provas.

Conclusões preliminares

O Brasil sempre alternou períodos de maior estabilidade democrática com aqueles em que a democracia foi deveras suprimida ou pareceu sucumbir a interesses políticos e, muitas vezes, pessoais, daqueles que chegavam ao poder. O que me parece certo é que ainda não vivenciamos em nossa história, um período verdadeiramente republicano, em que as instituições estejam imunes às manobras e vontades daqueles que a comandam. Alternar momentos democráticos sem consolidar um Estado

republicano não parece trazer estabilidade institucional e tampouco corrigir abusos dos representantes do poder.

Votar e exigir respeito à escolha popular é parte de um processo de aprimoramento do Estado democrático de direito. A outra face desta mesma moeda é o compromisso dos agentes políticos com a construção de instituições fortes e alheias aos assombros políticos que fazem parte do processo democrático. Crise política sempre existirá. Resta saber se as instituições estão fortes o suficiente para serem instrumentos da solução para esses momentos naturais de arroubos do sistema político.

Quando não estão, certamente são as instituições também tragadas para a arena da crise política, e a busca da solução para o problema transpassa o mundo da racionalidade ao abrir espaço para as barbáries, a descrença e a indignação com a classe de representantes e as instituições às quais pertencem. E então o desfecho para o imbróglio ganha contornos de imprevisibilidade e o sentimento de frustração, para não dizer de prostração diante de tantos escândalos e infortúnios parece contaminar a sociedade.

Este breve ensaio não tem o objetivo de trazer soluções para tantos e tão diferentes problemas vividos pelo Brasil atual. Enganase quem acredita no discurso vazio proferido pela classe política, por parte da imprensa e de alguns teóricos que insistem em afirmar que nossas instituições funcionam normalmente. Não funcionam. E a prova disso é que já atravessamos o terceiro ano de nossa crise política e institucional sem que possamos pensar em um desfecho, nem a curto e nem a médio prazo para os problemas políticos, institucionais e de representação vividos.

Que esse texto sirva para alguma reflexão. Se não busco apontar os caminhos a seguir, acredito tentar compreender para aonde não ir, o que já é, de certa forma, um ponto de partida para todos nós.

DITADURA JUDICIAL E ESTADO DE EXCEÇÃO

Hélcio Ribeiro*

Sumário: 1 Judicialização da política ou estado de exceção judicial? 2 Ditadura judicial, crise do capitalismo e o fim da política. Considerações finais. Referências.

Resumo: No presente trabalho analiso o protagonismo judicial e seu papel no declínio da democracia ocidental e brasileira. Primeiro distingo os conceitos de judicialização de outras formas de protagonismo. Em seguida analiso o advento da ditadura judicial e sua relação com a crise contemporânea do capitalismo. Por fim, esboço algumas considerações finais sobre o tema.

1. Judicialização da política ou estado de exceção judicial?

Em 1993 Jean-Marie Guéhenno publicou um livro com o sugestivo título *O Fim da Democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. O autor era diplomata francês e chefe do grupo de planejamento de políticas públicas do Ministério das Relações Exteriores da França e seu embaixador na União Européia. Publicado no Brasil logo em seguida, em 1994, o livro não causou muita repercussão e passou despercebido do público acadêmico, talvez por se tratar de um livro escrito por um homem que não se dedica à carreira universitária. A tradução brasileira da Bertrand Brasil introduziu um subtítulo inexistente no original mas a palavra “visionário”, ainda que tenha sido aparentemente um apelo comercial, parece ter acertado no alvo. Na imprensa estrangeira o impacto foi maior e alguns trechos dos comentários de revistas e jornais como *The Economist*, *Le Monde*, *Le Figaro* e *L'Express* estão reproduzidos na “orelha” da versão brasileira do livro. No Brasil nem todos, porém, deixaram de perceber a importância dos problemas ali dissecados. As observações do autor eram, no mínimo, bastante inquietantes em um momento em que ainda era possível acreditar na democracia e reforma do Poder Judiciário no Brasil (RIBEIRO, 1999). Volto ao livro nem tanto pela sua natureza “visionária” mas por ajudar a entender algumas das razões do golpe de 2016, pela advertência

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante do International Institute of Sociology of Law em Oñti, Espanha, no Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e no Núcleo de Estudos sobre Democracia, Cidadania e Direito, do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

que faz em um dos capítulos a respeito da *morte da política* e o que isso significa para a questão da liberdade: *a concepção clássica da democracia parlamentar foi progressivamente destruída pelo desaparecimento da política, como lugar das ideias gerais e das grandes decisões* (GUÉHENNO, p. 76, 1994). O autor vê, por trás das nossas escolhas cotidianas, uma grande homogeneidade que torna a liberdade individual um simulacro e a política, como a arte de fazer escolhas públicas, impossível.

A destruição da política e o declínio do espaço público é, no entanto, apenas uma das dimensões da depressão (WALLERSTEIN, 2008) que marca o capitalismo desde os anos setenta, marcado pela acumulação das crises econômica, crise de racionalidade, crise de legitimação e crise motivacional (HABERMAS, 1976). As contradições do capitalismo foram analisadas detalhadamente por Marx e a crise atual torna os textos do filósofo alemão mais atuais do que nunca (BRAGA, 2012) mas, ao mesmo tempo, o capitalismo financeiro globalizado acrescentou novas contradições. David Harvey (2016), em um de seus últimos livros, analisa 17 contradições, entre as quais as formas de ocupação do espaço global pelo capitalismo financeiro gerando aumento de pobreza, violência e devastação ambiental em níveis inimagináveis pelo ambientalista mais pessimista. Apesar da longevidade e profundidade desta crise, porém, o capitalismo não dá sinais de ter entrado em sua crise final em função do surgimento de novas formas de privatismo civil (HABERMAS, 1976), tecnocratização da política (HABERMAS, 2014), novos mecanismos de socialização do desejo e formas subjetividade, como se verá à frente (HABERMAS, 1976, 2014; DUFOUR, 2007; RAULET, 2012; SAFATLE, 2008).

Dando razão a Géhenno, o passar do tempo e a evolução da análise dos problemas enfrentados pela democracia no mundo contemporâneo, fizeram surgir variados diagnósticos e expressões para designar o declínio das instituições nas últimas décadas: de um lado desdemocratização (D'ALLONNES, 2010), Estado Oligárquico (RANCIÈRE, 2005), Estado de Exceção (AGAMBEN, 2005), Estado pós-moderno, etc. De outro, ideias como direito penal do inimigo, legislação antiterrorista para serem aplicadas contra movimentos sociais, generalização do *lawfare*, judicialização da política (TATE e VALLINDER, 1995), ativismo judicial, juízes legisladores (CAPPELLETTI, 1993), juízes como

superego da sociedade (MAUS, 2010), governo dos juízes e ditadura judicial (QUIRK e BRIDWELL, 1995). Conceitos que demonstram a crise do Estado Democrático de Direito – transformado em retórica e simbolização (RIBEIRO, 2015) - e dos instrumentos teóricos e metodológicos para a compreensão do momento presente. Se estivermos caminhando – ou já inseridos – para novas formas de autoritarismo, qual o papel do Poder Judiciário neste processo? Existem sinais evidentes de que, no mínimo, o velho mito da separação de poderes entrou em colapso. Afirmar, porém, que o Poder Judiciário pode ser, sozinho, uma ameaça à democracia, é superficial. A questão é saber a quem interessa um fortalecimento desmedido da magistratura no contexto das velhas e “novas” democracias. E também dos novos autoritarismos.

Na teoria constitucional o Poder Judiciário é responsável pela garantia da aplicação da lei e da Constituição, segurança jurídica, proteção dos direitos da minoria, controle de constitucionalidade e solução dos conflitos entre poderes e competências do Estado. Na arquitetura do Estado moderno a separação de poderes adquire papel central na execução dos objetivos coletivos. Esta filosofia decorre da confiança depositada pelo liberalismo na ideia de lei como garantia da neutralidade dos julgamentos e do governo da lei sobre o governo dos homens. Rousseau entende a lei como expressão da soberania popular e da vontade geral, dispensando um papel maior do Executivo que fica restrito à *administração das coisas*.

O que importa, lembra Giorgio Agamben, não é a lei mas o *governo*, a administração (ELSTER e SLAGSTAD, 2012). Governo entendido de forma ampla, incluindo todas as esferas da administração e aplicação da lei, portanto, todos os poderes do Estado. Nesta visão o poder se desloca da lei para quem realmente a administra e aplica a lei. O juiz boca da lei, defendido por Montesquieu, sai de cena definitivamente junto com o ideal do governo das leis em lugar do governo dos homens. O constitucionalismo difundiu a ideia de que a separação dos poderes é a dimensão fundamental da democracia moderna. Entendeu a engenharia institucional do Estado liberal como uma questão técnica de desconcentração do poder do Estado. O constitucionalismo, porém, pode não ser o complemento necessário à democracia, mas talvez seu oposto. Quanto mais se reforça o

constitucionalismo menos democrática pode ser uma sociedade. Althusser (1979) assinala que, para o próprio Montesquieu, o problema não era técnico, mas sim político. Como membro da nobreza da França, Montesquieu teme, na verdade, a ascensão da burguesia (do povo?), sendo um dos primeiros a notar aquilo que Rancière (2005) chama de o “escândalo da democracia”. A separação de poderes é um mecanismo de ajuste e acomodação política entre classes sociais (ALTHUSSER, 1979) e é assim que a judicialização da política, o ativismo judicial e a ditadura judicial devem ser analisadas nos dias de hoje.

A concepção tradicional de lei e separação dos poderes está intimamente conectada com uma teoria da interpretação do direito ancorada na ideia de objetividade da lei, cuja aplicação correta depende apenas dos procedimentos técnicos disponíveis (interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica). A racionalidade do legislador (FERRAZ, 1988), portanto, se complementa com a ideia da racionalidade jurídica do processo de interpretação e aplicação do direito, necessária apenas quando a lei não é clara pois *in claris cessat interpretatio*. Este antigo brocardo implica, no fundo, reconhecimento de que a lei pode ser “falha” e o legislador não tão racional quanto se pressupõe. Inúmeras pesquisas indicam o fim da ideia de neutralidade do judiciário (ADORNO e PASSINATO, 2007; SANTOS, 1995) mas as contradições sobre o processo de interpretação do direito só vieram à tona de forma mais clara a partir do momento em que os estudos sobre a linguagem jurídica em particular, e a difusão dos estudos da filosofia da linguagem e da semiótica, demonstraram a natureza aberta e ideológica do processo interpretativo (SANTOS, 1995; WARAT, 1979; FARIA, 1989; BARAK, 1995, FERRAZ, 1988).

O século XX se encarregou de desmontar estes mitos, redescobrando a dimensão retórica do direito e a natureza política do trabalho da magistratura (FARIA, 1989; SANTOS, 1995). MacCormick (2008), um liberal autêntico e portanto não cínico, se preocupa com a questão e aponta o risco para o Estado de Direito, embutido na interpretação. A discussão sobre o papel da retórica no direito recebeu impulso importante a partir da segunda metade do século XX nos estudos de Theodor Viewigh, Chaim Perelman, Boaventura Santos e no Brasil das pesquisas de Luis Alberto Warat, José Eduardo Faria e Tércio Sampaio. Mas a questão já estava colocada no desenvolvimento dos realismos jurídicos norte-

americano e escandinavo, assim como no positivismo de Kelsen, Hart e Bobbio.

Como se sabe, Kelsen (1998) não atribui importância ao processo interpretativo, considerado-o como parte do que ele chama de política do direito. Das numerosas e complexas páginas da Teoria Pura do Direito a interpretação mereceu apenas um pequeno capítulo final, cuja conclusão é a de que o direito se constitui como um *quadro* dentro do qual várias interpretações são possíveis, cabendo à dogmática jurídica apenas a tarefa de descrever os vários sentidos possíveis da lei. A preocupação central da teoria kelseniana é consolidar as bases para o desenvolvimento do “direito científico” (SANTOS, 2011), encarregando-a de descrever o sentido do direito de forma objetiva, organizando o uso da linguagem e eliminando suas contradições. Karl Englich (1979) tratou dos problemas decorrentes da indeterminação dos conceitos jurídicos, mas também não questiona as consequências políticas e sociais decorrentes da existência de normas ambíguas e o quanto isso compromete a condição sistemática do direito. Faria (1989; 1988) explora o tema em vários textos, demonstrando o quanto formas de autoritarismo se escondem atrás de uma fachada legal que revela os verdadeiros interesses e jogos de poder existentes na sociedade.

Não se pode reduzir o direito à retórica, no entanto. A dimensão retórica do direito convive com a violência e a burocracia (SANTOS, 1995). Mas o direito como estrutura aberta à interpretação condiciona o papel da burocracia e o uso da violência, constituindo-se a retórica e o discurso jurídico em um mecanismo de *violência simbólica* (FARIA, 1988) que afeta as demais dimensões do direito, condicionando o funcionamento da burocracia e o uso da violência. No caso da violência o papel do judiciário é fundamental para *neutralizar* e *despolitizar* os conflitos (FARIA, 1989; CAMPILONGO, 1989), legitimando a atuação da polícia e do Estado em geral.

Com o surgimento das Constituições super-rígidas, difusão de Tribunais Constitucionais, controle de constitucionalidade, criação de normas jurídicas de textura cada vez mais abertas para dar conta da complexidade social (FARIA, 1988), assim como a profusão de princípios constitucionais extremamente abstratos, a ordem jurídica contemporânea ampliou o espaço de atuação do magistrado e criou as condições para o desenvolvimento dos juízes

legisladores, judicialização da política e ativismo judicial, que a magistratura aceita de bom grado. Até onde esta atuação compromete a estrutura do Estado Democrático de direito? Até onde ela pode ir sem que se crie condições para a criação de um Estado de exceção judicial? Qualquer forma de abuso ou excesso de discricionariedade, no entanto, não decorre de uma transformação na forma do direito. A discricionariedade e o arbítrio é um elemento permanente no funcionamento do Poder Judiciário, como atesta a História do Poder Judiciário parcialmente contida na bibliografia deste artigo (QUIRK e BRIDWELL, 1995; BARUCH e DUCLERC, 2002; MAUS, 2010; KIRCHHEIMEER, 1961/1980; LIMA, 2004; ADORNO, 2007; MISSE, 2010; FARIA, 1989; CUNHA, 2015; GUARNIERI, 1993).¹ Ela ocorre em sociedades desenvolvidas e em desenvolvimento, em ditaduras e democracias. A mudança aqui apontada decorre, hipoteticamente, da confluência de dois fatores centrais: a espetacularização (DEBORD, 2002) da justiça e a crise do capitalismo.

Como se dá, porém, o deslocamento da lei para a administração e para os Tribunais? Os sinais deste deslocamento estão à vista no Brasil. “Reforma política” iniciada pelos Tribunais superiores nos casos de fidelidade partidária, cláusula de barreira,

¹ Os estudos sobre o exercício do arbítrio na História Poder Judiciário são bastante desenvolvidos e a bibliografia aqui apresentada é apenas uma amostra. Um clássico no tema é a pesquisa de Otto Kirchheimer, *Political Justice*. O que precisa ser feito pela pesquisa acadêmica é estabelecer melhor a relação entre o Estado de Exceção e a ditadura judicial, que pode acontecer mesmo em períodos “democráticos”. Sustentamos que a exceção judicial é ativada principalmente em períodos de crise do sistema capitalista mesmo em democracias “avançadas” e “consolidadas”. Mas ela ocorre também em períodos “normais”. O livro de Baruch e Declerc analisa o comportamento da magistratura francesa desde o célebre caso Dreyfus até a guerra da Argélia, passando pelo governo Vichy no período de ocupação nazista naquele país. Inúmeros casos semelhantes de exceção judicial ocorreram no período do macarthismo e durante o movimento pelos direitos civis dos negros nos anos sessenta do século passado nos Estados Unidos, assim como durante o conflito entre Inglaterra e Irlanda do Norte no mesmo período. Um deles se transformou em filme com o título “Em nome do Pai”. Mas a análise das relações entre a exceção política e o papel da magistratura ainda precisa ser estabelecido. Os casos mais recentes estão ligados ao período pós 11 de setembro de 2001 (especialmente após a edição dos *patriot acts*) e aos diversos “état d’urgence” decretados na França contemporânea. Um caso típico e recente foi a decisão da Suprema Corte Canadense em relação a prisões arbitrárias e julgamentos secretos. Ver François Tremblay, *A Suprema Corte do Canadá aprova julgamentos secretos e prisões arbitrárias*. 16 de maio de 2007, in <https://www.wsws.org/pt/2007/may2007/port-m16.shtml>. Acesso em: 20 de maio de 2016. A notícia pode ser checada no site da Corte a partir do nome dos acusados citados. Os casos mais antigos aparecem em uma pesquisa google como “erros judiciários”, inclusive o caso Dreyfus.

financiamento público de campanha, casamento entre pessoas do mesmo sexo decorrente de uma *interpretação analógica ou extensiva*² da Constituição, judicialização de políticas públicas, principalmente aquelas relativas à saúde, ativismo judicial associado à criminalização de políticos e movimentos sociais, com direito à violação, ou melhor, *recriação* das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, vazamentos seletivos de informações para a imprensa, condenação apriorística de suspeitos e investigados. Lembre-se, por exemplo, o tristemente célebre caso da Escola Base³ de São Paulo, no qual uma família inteira foi previamente condenada, e destruída, sem provas, pela investigação policial com grande alarde na imprensa.

As vítimas eram de classe média e foram destruídos por um processo de linchamento moral promovido pelo poder público e os meios de comunicação. Neste caso seguiu-se à risca o procedimento que é normal quando o linchamento é físico e ocorre nas periferias das grandes cidades brasileiras.

Os linchadores nunca são investigados uma vez que os atingidos eram pobres e “bandidos”. A pesquisa de Sérgio Adorno e Wânia Passinato (2007), do Núcleo de Estudos da Violência da USP, mostra o modo como a polícia e o Ministério Público lidam com estes conflitos, em um procedimento que é normal no caso daqueles que são estigmatizados socialmente.

Michel Misse (2010), por sua vez, analisa como a figura do “bandido” é um modo de *assujeitamento* e uma construção social e simbólica que traça uma divisão não-jurídica entre os *puníveis* e os *não puníveis*.

O juiz só fala quando provocado, dirão aqueles que atribuem o problema a uma polícia despreparada e autoritária, à *imprensa justiceira* sedenta de notícias escandalosas ou ao legislador que não moderniza códigos e leis ultrapassadas. Na verdade, o capitalismo em crise exige bem mais da magistratura.

O Estado de exceção judicial encontra apoio difuso na sociedade, historicamente marcada pela injustiça, ilegalidade e impunidade. É preciso punir para restaurar a ordem. Qual ordem mesmo? A ordem dos oprimidos (BENJAMIN, 1994) sempre foi a

² Sobre a natureza profundamente flexível da interpretação extensiva ver Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito* (1988).

³ GGN, Luis Nassif, <http://jornalggn.com.br/noticia/o-caso-escola-base-20-anos-depois>. Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

paz dos cemitérios, na melhor das hipóteses a da invisibilidade (FILHO, 1999). Apesar de termos uma das maiores populações carcerárias do mundo e Fundações Casa para menores totalmente lotadas, é preciso baixar a menoridade penal para que a ordem e a paz sejam restauradas, conforme dizem políticos populistas de direita com enorme eco na imprensa justiceira e nos setores da classe média apavorada com a *desordem*.

Se o Estado de Exceção dos oprimidos é uma regra geral, como afirma Walter Benjamin (1994, pág. 226), o ativismo judicial seletivo traz uma novidade: o estado de exceção judicial. Ele ainda está em gestação. Convive com a aparente normalidade das eleições, da liberdade de imprensa, inclusão social e alternância no poder! Confunde a análise. Mas está sendo experimentado. É preciso testá-lo em grandes e pequenos processos. Verificar seu impacto na opinião pública gradativamente. Cunha (2015) analisa a mesma estratégia que une mídia, instituições de justiça, política e corrupção no desmanche da democracia europeia.

As “teorias” que são a base das decisões do Poder Judiciário são mobilizadas conforme as circunstâncias. Podemos classificá-las, provisória e grosseiramente, da seguinte forma:

1) O Poder Judiciário bloqueia direitos não aplicando a legislação ou a Constituição quando o legislador, em função de movimentos da sociedade civil, pressão da opinião pública, difusão de ideias inovadoras entre intelectuais, juristas democráticos, etc., “deixa escapar” leis que reconhecem direitos de grupos e classes normalmente oprimidas. A ideologia adotada nesse momento é a da *autocontenção* e a técnica de interpretação tende a ser restritiva.

2) O poder Judiciário aplica lei e reconhece direitos das camadas sociais privilegiadas (normalmente direitos oriundos da e relacionados à propriedade privada, pilar da ordem jurídica burguesa). Realiza esta tarefa diariamente nos tribunais de forma disciplinada e bastante previsível. As ideologias mobilizadas aqui variam entre formas vulgarizadas do “positivismo jurídico”, normalmente entendido como “estrita aplicação da lei”, mito decorrente de princípios antigos como in *claris cessat interpretatio* e da presença muito forte do fantasma de Montesquieu em relação ao papel do juiz: o juiz é a boca através da qual fala a lei. A ideologia da autocontenção pode também ser mobilizada, embora não seja indispensável, e os princípios da legalidade e da segurança jurídica fortalecem essas posições.

3) Ativismo judicial conservador. O Poder Judiciário avança sobre os “inimigos”, “classes perigosas” ou partidários da mudança, atropelando direitos fundamentais como a ampla defesa e presunção de inocência, com o intuito de manter o *status quo*. A ideologia aqui presente é a do ativismo judicial, normalmente justificada em nome da salvação nacional, combate ao terrorismo, ao banditismo e à corrupção ou, simplesmente, a defesa dos direitos da minoria. Nesse caso o ativismo judicial conservador precisa da mobilização da “opinião pública” pelos meios de comunicação. A ideia de imparcialidade do juiz assim como os princípios da legalidade e da segurança jurídica são estrategicamente “esquecidos”.

4) Direito alternativo. Ativismo judicial em favor dos oprimidos. Trabalha com a mesma ideia do item 3, mas com o sinal ideológico invertido. Ideia aparentemente velha porque ligada aos anos setenta e oitenta do século passado, mas revivida agora até nos tribunais superiores que buscam legitimar seu protagonismo através do discurso de defesa das “minorias”. Não necessariamente consolida jurisprudência nem afeta a tendência geral do Poder Judiciário de reforçar a ordem estabelecida, mas contribui para a legitimação do protagonismo judicial com apoio de acadêmicos e até movimentos sociais, em uma espécie de festa da “judicialização da política” de “esquerda”, sem que se dêem conta de que estimulam a ação de instituições sem lastro na soberania popular e contribuem para o desenvolvimento da ditadura judicial.

O ativismo judicial é uma tendência gerada no interior do Poder Judiciário e a doutrina não tem uma definição clara do seu significado. Mas está baseada na ideia de que o magistrado deve ir além da postura passiva tradicional. Embora o conceito não seja claro, ele não pode ser confundido com judicialização da política. Esta ideia é mais ampla e melhor definida na literatura. Ela implica a generalização dos modos judiciais de solução de conflitos para além da arena propriamente judicial. Em segundo lugar a judicialização está baseada na existência de conflitos valorativos e ideológicos existentes entre o Poder Judiciário e o sistema político. Este conflito é central para caracterizar uma situação de judicialização da política e, de modo geral, ela avança sobre as competências normais do sistema político e em detrimento da soberania popular.

São muitos os fatores que estimulam a judicialização da

política. Tate e Walinder (1995) consideram a democracia e o constitucionalismo como fatores facilitadores da judicialização da política. De fato, não é possível imaginar semelhante processo em uma ditadura concentrada no Poder Executivo, por exemplo. Nestes casos o Poder Judiciário é simplesmente anulado em sua independência e, portanto, a possibilidade de um conflito entre magistratura e o sistema político fica eliminado. São fatores importantes da judicialização da política a expansão do controle judicial de constitucionalidade, a existência de Tribunais Constitucionais, ampliação dos agentes sociais e políticos legitimados para propor ações de controle de constitucionalidade e a tendência de minorias políticas utilizarem o Poder Judiciário para reverter derrotas no campo político. Portanto, os partidos políticos são agentes da judicialização assim como centrais sindicais, sindicatos e associações profissionais. Mas se a judicialização nasce em contexto democrático não é absolutamente seguro que não possa instaurar uma ditadura ou contribuir para golpes de Estado.

Trata-se, portanto, de uma tendência que nos remete aos primórdios do Estado moderno mas que se avolumou e cresceu a partir da Segunda Grande Guerra Mundial. Analisando o controle judicial de constitucionalidade, Quirk e Bridewell (1995) mostraram as controvérsias existentes em relação ao instituto desde que a Suprema Corte norte-americana legitimou-se para interferir no processo legislativo e democrático decorrente da soberania popular. Legitimou a si mesma em limitar o papel do sufrágio universal. Através deste e outros mecanismos, o equilíbrio entre poderes se desfez, dando origem ao que os professores de direito constitucional da Universidade da Carolina do Sul chamam de ditadura judicial, processo apenas agravado pelo protagonismo judicial contemporâneo.

A judicialização da política, neste sentido, significa a morte da política e uma expressão da colonização do mundo da vida pelo sistema burocrático (HABERMAS, 2014 e 1976) uma vez que o Poder Judiciário exerce uma forma de “governo tecnocrático”. Quando descobrimos um excesso de liberdade onde antes parecia existir um poder técnico a garantir previsibilidade e segurança jurídica, é porque não há mais distinção entre o tempo do mercado e o tempo das instituições políticas e jurídicas formais. Esta distinção não é mais necessária, mais do que isso, ela é um

obstáculo à estabilização da exceção. Para normalizar a exceção, o Judiciário passa a trabalhar no curto tempo do mercado financeiro global que dispensa completamente as tecnicidades jurídicas. Isso não significa que seja o Judiciário que instala a normalidade da exceção. Ele é apenas um mecanismo necessário e eficaz *neste momento*.

2. Ditadura judicial, crise do capitalismo e o fim da política

Os eventos acima descritos e que, no Brasil, desembocam no golpe de Estado de 2016 (SANTOS, 2017; SOUZA, 2016) com forte apoio das instituições de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal) não podem ser compreendidos em toda a sua dimensão se não forem examinados no contexto do atual estágio de desenvolvimento do capitalismo. A partidarização do Poder Judiciário brasileiro é tão escandaloso que leva o cidadão comum a ver a situação como anormal, evento típico período de exceção e totalmente vinculado ao “mau funcionamento” da Justiça no Brasil. O fenômeno, porém, é generalizado, ainda que com variações que exigem pesquisa mais acurada e detalhada. O que apresentamos aqui são resultados muito preliminares de uma pesquisa mais ampla sobre a forma de aplicação do direito em situações democráticas e não democráticas que, por enquanto, parece corroborar a ideia de que o Poder Judiciário é um importante instrumento de controle político e, no atual contexto de crise do capitalismo, um elemento chave na consolidação do processo global de dominação financeira.

Se a judicialização da política é um elemento importante para a estratégia de dominação e extinção da política, este mecanismo de restrição da regra da maioria está acoplado ao processo de mercantilização da política através do marketing e dos enormes custos das campanhas, do alto grau de volatilidade na relação entre os cidadãos e os partidos políticos (PAPADOPOULOS, 2013), levando à formação de oligarquias partidárias que desestimulam a participação política (RANCIÈRE, 2005; CANFORA, 2004).⁴

A morte da política não significa o fim das eleições nem o exercício dos direitos políticos e sociais. A política implica a

⁴ O melhor levantamento historiográfico sobre os subterfúgios utilizados pelo capitalismo para restringir a democracia e o sufrágio universal foi feito por Luciano Canfora (2004).

existência de um conflito central em relação à distribuição dos lugares e dos papéis previamente dados. Quando aqueles que não tem parte (RANCIÈRE, 1996) desafiam a ordem “natural” das coisas se instaura um dissenso que permite a revisão dos papéis e de quem deve dizer o que e a quem. Rancière define assim a política em contraposição à *polícia*, forma de administração da ordem social. Embora elaborada como forma de crítica à teoria deliberativa da democracia de Jürgen Habermas, existe mais afinidade do que contradição entre os dois enfoques. A democracia deliberativa, embora tenha o consenso como um ideal regulatório, se alimenta do conflito não apenas na forma como se organizam as ações estratégicas no interior do sistema político (*polícia* no sentido de Rancière) mas também do conflito que vai além dos limites institucionais nas formas de desobediência civil que desafiam a *polícia* permanentemente, recolocando a política na ordem do dia (ARTETA, 2017). Habermas sustenta que, ao contrário do que escreve Rancière, quanto mais discursos existirem maior o risco do dissenso (HABERMAS, 2002). Os dois diagnósticos ajudam a entender o estreitamento político da sociedade contemporânea: colonização do mundo da vida e declínio da esfera pública, de um lado, predomínio da *polícia* sobre a política, de outro. É neste contexto que a ditadura judicial e o Estado de Exceção se encontram e mostram o limite das teorias da transição democrática desenvolvidas ao longo dos anos oitenta e noventa do século passado.

Um exemplo claro desta limitação está na análise de Linz e Stepan (1999). Os autores definem a política de forma muito restrita, reduzindo o conflito à administração das coisas pela *polícia* e, deste modo, tem dificuldades em explicar como conciliar a ideia de democracia consolidada com a perspectiva de uma possível derrocada das instituições democráticas: *a democracia é uma forma de governo do Estado* (LINZ e STEPAN, pág. 25, 1999). A análise de Linz e Stepan sobre a consolidação da democracia parte do pressuposto de que a existência de um Estado soberano é requisito para tal fenômeno. Os autores salientam ainda a existência de uma sociedade civil forte e organizada, a existência de uma sociedade política, estado de direito, burocracia estatal e uma sociedade econômica institucionalizada (LINZ e STEPAN, págs. 25 e segs., 1999). Por enquanto o que nos interessa é o primeiro requisito. A soberania estatal, no caso brasileiro e, provavelmente nos demais

países em desenvolvimento que compõem a periferia e a semiperiferia do capitalismo, é um elemento problemático dada a inserção do Brasil na divisão internacional do trabalho. A nova forma de dominação política internacional que se difunde com o advento da globalização (HARVEY, 2016) dificulta a afirmação da soberania estatal, mas não afeta todos os países de forma homogênea. Os países em desenvolvimento sempre estiveram submetidos a alguma forma de dependência que dificulta a consolidação da soberania nacional e a relativa parcela de autonomia que marcou o processo de industrialização da semiperiferia do capitalismo mundial durante o decorrer do século XX sempre foi motivo de discórdia na teoria social brasileira, dada a ambiguidade do fenômeno. A modernização conservadora, forma central de dominação política e econômica nos países periféricos e dependentes (FERNANDES, 2006; OLIVEIRA, 2003)) colocou o Brasil entre os países mais industrializados e urbanizados do planeta, ainda que tenha aumentado de forma radical as desigualdades sociais dando origem ao ornotorinco brasileiro, conforme expressão consagrada de Francisco de Oliveira. A imposição deste processo de modernização forçada só poderia ser feito a partir de formas autoritárias de Estado, cujo aparato repressivo esteve na linha de frente da revolução burguesa, sem que a transição dos anos oitenta significasse ruptura (FERNANDES, 2006; OLIVEIRA, 2003; ARANTES, 2010). A transição enfrentou fortes resistências dos atores sociais e econômicos já inteiramente ligados ao capital globalizado, nos anos setenta e oitenta do século passado. Todas as alternativas para a solução da crise do desenvolvimentismo foram rechaçadas com base na ideia de que as reformas pró-mercado eram “a única saída”. “Não há alternativa”, disse Margaret Thatcher no início dos anos 80 ao iniciar a implantação das contra reformas neoliberais na Inglaterra.

Este modelo excluía, de plano, a participação dos trabalhadores na elaboração de um novo pacto de desenvolvimento, pois a guerra contra os sindicatos e a extinção de direitos dos trabalhadores eram o ponto central da contra reforma. A precarização e a desregulamentação do mercado de trabalho (BRAGA, 2012), a desconstitucionalização de direitos (FARIA, 2009), a desinstitucionalização do conflito (SANTOS, 1999), são elementos essenciais para entender este processo de desdemocratização (D’ALLONNES, 2010) que se inicia nos anos

setenta do século passado. No início dos anos noventa, no Brasil, um novo acordo entre governo, empresários e trabalhadores nas montadoras de veículos apontavam para uma alternativa ao desmanche neoliberal, mas a hegemonia do capital financeiro internacional imporia durante o restante da década o ideário que marca todo o processo que chega até nossos dias, passando pelos governos FHC, Lula e Dilma (OLIVEIRA, 2010).

A destruição da política e o declínio do espaço público é, no entanto, apenas uma das dimensões da depressão (WALLERSTEIN, 2008) que marca o capitalismo desde os anos setenta, marcado pela acumulação das crises econômicas, crise de racionalidade, crise de legitimação e crise motivacional (HABERMAS, 1976). As contradições do capitalismo foram analisadas detalhadamente por Marx e a crise atual torna os textos do filósofo alemão mais atuais do que nunca (BRAGA, 2012) mas, ao mesmo tempo, o capitalismo financeiro globalizado acrescentou novas contradições. O liberalismo, por sua vez, é uma filosofia extremamente ambígua pois ao colocar em prática o liberalismo econômico extremo, destrói os fundamentos do liberalismo político (COUTROT, 177, 2005). David Harvey (2016), em um de seus últimos livros, analisa 17 contradições, entre as quais as formas de ocupação do espaço global pelo capitalismo financeiro gerando aumento de pobreza, violência e devastação ambiental em níveis inimagináveis pelo ambientalista mais pessimista.

Por outro lado, a globalização não faz tábula rasa da soberania nacional, mas a transfigura no marco da dominação financeira internacional (ARRIGHI, 2001) bloqueando os projetos desenvolvimentistas que orientaram os países da semiperiferia do capitalismo durante o século XX. A dominação financeira não enfraquece o Estado nacional nestes países, mas os reorienta para o fortalecimento do mercado financeiro, para a manutenção ou mesmo reforço de estruturas tributárias regressivas com aumentos de impostos sobre o trabalho, o consumo, classes médias e o pequeno empresariado, utilizando diferenciados mecanismos de isenção fiscal em relação ao grande capital especulativo. O resultado deste processo é a desindustrialização e a reformulação do mercado de trabalho cujas bases são a superação do modelo fordista e a precarização do trabalho como base do processo de reestruturação produtiva do capitalismo contemporâneo (BRAGA, 2012). O Estado mínimo se revela máximo também no campo

penal, substituindo-se o Estado social pelo Estado Penal (Benoni BELLI, 2000), incrementando o aparato repressivo da ditadura militar, criminalizando movimentos sociais, a juventude e a pobreza.

A tensão existente entre capitalismo e democracia (SANTOS, 1999; FARIA, 2009) parece estar se resolvendo na direção do primeiro. Não se trata de dizer que o capitalismo não consegue legitimar suas instituições. O capitalismo não busca mais a legitimação das instituições democráticas, abrindo mão delas (SAFATLE, 2008). Invertendo a tese de Marx, segundo a qual o socialismo poria fim ao Estado e ao Direito, é o próprio capitalismo que se encarrega de dissolver sua organização jurídica, única forma de manter a dominação financeira atual. Mas ao preço de enterrar, como já fez com as Forças Armadas no passado, as instituições de justiça e seu papel legitimador. O que viria depois? O próprio capital financeiro mundial, acostumado às facilidades “oferecidas” pelos Estados, e cada vez mais ágil no uso que faz das “novas tecnologias” disponíveis em paraísos fiscais e empresas “offshores”, não necessita da segurança jurídica que lhe oferecia o velho Estado burguês quando o longo prazo, o planejamento e o investimento na produção do período fordista foram substituídos pela especulação da economia virtual global, a realização do valor em curtíssimo prazo, o marketing e a corrupção. É nos interstícios da ordem jurídica burguesa que o capital encontra a melhor forma de solução, ainda que parcial, de suas crises, sem resolvê-las, deslocando-as no tempo e no espaço (HARVEY, 2016).

Seria superficial, porém, explicar o declínio da democracia na era do capital financeiro global apenas em função dos fatores econômicos e inovações tecnológicas. Qualquer transformação da realidade necessita de uma narrativa, de uma produção simbólica. Estas não são meras “superestruturas” que ocultam os conflitos reais e as relações de produção. Não é uma ideologia. Ela é uma força material quando se difunde na sociedade global produzindo novas formas de subjetividade. É este processo de assujeitamento que precisa ser analisado. O advento do neoliberalismo estimula e se baseia na criação de um novo sujeito, o consumidor que precisa realizar todos os seus desejos. Ao contrário do que se imagina, o neoliberalismo não estimula o individualismo mas o egoísmo. Este ponto é importante porque o sujeito fundamental para este período do capitalismo não é necessariamente anti-social, ou anti-gregário.

Ao contrário, trata-se do indivíduo *ego-gregário*, para utilizar a expressão de Dufour (2007). Este fenômeno coincide com a tendência de indiferenciação entre Estado e economia, o desaparecimento da política (RAULET, 2012; RANCIÈRE, 1996), o desenvolvimento de um sujeito com tendências anômicas e incapaz de seguir normas na sua vontade ilimitada de realizar seus desejos.

A partir dos anos sessenta e setenta do século passado o capitalismo passou a ter uma tendência interna de fragilizar instituições e normas por ele mesmo forjadas, embasado em fluxos descodificados *substituindo os códigos intrínsecos por uma axiomática de quantidades abstratas em forma de moeda* (SAFATLE, pág. 18, 2008), alterando a forma de socialização do desejo:

O que pode ser entendido como afirmação de que o capitalismo não procurava mais impor conteúdos normativos privilegiados, mas socializar o desejo através de sua desterritorialização violenta, da fragilização de seus próprios códigos, da flexibilização das identidades que ele mesmo produz (SAFATLE, p.18, 2008).

Neste quadro o capitalismo dissolve as instituições disciplinares como Estado, família, escola, para desenvolver novos dispositivos de controle que incluam em sua própria dinâmica a multiplicidade e a flexibilização (SAFATLE, pág. 24, 2008). A flexibilização total da ordem jurídica é a função do Estado de Exceção judicial.

Em um contexto como esse o poder se torna cínico e o processo de socialização através de normas, inútil. Justificar normas se torna impossível pois o ego liberado não pode mais encontrar obstáculos à sua realização indefinida e indeterminada. Deste modo a própria espetacularização da justiça é uma manifestação da “falta de limite” e da indeterminação do capitalismo avançado. É preciso, portanto, analisar melhor o momento em que o Poder Judiciário se expande em função de interesses próprios e corporativos, daqueles em que age como superego da sociedade (MAUS, 2010) e em função dos interesses da dominação financeira. A ideia de um Estado de Exceção judicial é aplicável no primeiro caso, mas talvez não no segundo. Neste caso o poder tem um outro *locus* e o protagonismo judicial é apenas

instrumental. Em ambos os casos, porém, a ideia de reformar o judiciário “democratizando-o”, perde o sentido.

Considerações finais

O fim da política e a crescente indiferenciação entre Estado e mercado na era da dominação financeira se baseia no surgimento de um novo tipo de subjetividade que não se baseia mais em normas. Por esta razão a imprevisibilidade das decisões judiciais não escandaliza, a judicialização da política e a ditadura judicial deixam de representar a anormalidade para tornarem-se a regra, em um sistema econômico em crise profunda que dispensa a justificação das normas e as instituições democráticas. Neste contexto, a separação dos poderes assume definitivamente sua natureza de simulacro, assumindo sua real e atual dimensão de classes. É difícil fazer prognósticos a respeito do futuro da magistratura em um contexto como esse, uma vez que seu papel na legitimação da violência também parece ter perdido sustentação. O que esperar do Poder Judiciário em um contexto onde a justificação das normas se tornou desnecessária e o discurso que se difunde nos tribunais tem, cada vez mais, uma dimensão cínica? Caso se consolide o Estado de Exceção é possível que o protagonismo judicial se torne também desnecessário, voltando-se a magistratura para a administração dos conflitos mezinhos da burocracia cotidiana dos Tribunais. Mesmo assim, a complementaridade entre constitucionalismo e democracia dada como evidente pelo pensamento liberal (liberal político) e pela experiência da modernidade, se torna profundamente problemática. O papel dos tribunais e da Constituição dependerá do rumo que a crise do capitalismo tomará nas próximas décadas. Enquanto a crise perdurar, as ideias de reforma e democratização do Poder Judiciário perdem força e se mostrarão muito aquém das necessidades dos tempos presentes. E futuros.

Referências

ADORNO, Sérgio; PASSINATO, Wânia (2007). A justiça no tempo, o tempo da justiça, Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n.2, 2007.

AGAMBEN, Giorgio (2005). *State of Exception*, Chicago, University of Chicago Press.

AGAMBEN, Giorgio et. Al. (2009). *Démocratie, dans quel État?*, La Fabrique Éditions.

ARANTES, Paulo Eduardo (2010). 1964, o ano que não terminou, in *O que resta de ditadura*, Edson Telles e Vladimir Safatle (orgs.), São Paulo, Boitempo.

ALTHUSSER, Louis (1979). El mito de la separación de los poderes, in *Montesquieu: La política y La História*, Barcelona, Caracas, México, Editorial Ariel.

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. (2001). *Caos e governabilidade no moderno sistema mundial*, Rio de Janeiro, Contraponto/Editora UFRJ.

ARTETA, Mikel (2017). El ‘desacuerdo’ de Rancière Vs. ‘democracia deliberativa’ de Habermas? La desobediência civil en la teoria democrática de Habermas, *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 19, no.37.

BARAK, Aharon (1995). *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè Editore.

BELLI, Benoni (2000). Polícia, “tolerância zero” e exclusão social, *Novos Estudos Cebrap*, 58, 157-171.

BARUCH, Marc Olivier; DUCLERC, Vincent (2002). *Justice, Politique et République: de l’affaire Dreyfus à la guerre d’Algérie*, Éditions Complexe.

BENJAMIN, Walter (1994). Sobre o conceito de História, in *Walter Benjamin, obras escolhidas, Magia e Técnica, Arte e Política*, São Paulo, Brasiliense.

_____. (1986). Crítica da violência, crítica do poder, in *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*, São Paulo, Cultrix/Usp.

BRAGA, Ruy (2012). *A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*, São Paulo, Boitempo.

CAMPILONGO, Celso (1989). Magistratura, sistema jurídico e sistema político, in Direito e Justiça, José Eduardo Faria (org.), São Paulo, Ática.

CANFORA, Luciano (2004). A Democracia: História de uma Ideologia, Lisboa, Edições 70.

CAPPELLETTI, Mauro (1993). Juízes Legisladores?, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor.

COUTROT, Thomas (2005). Démocratie contre capitalisme, La Dispute.

CUNHA, Isabel Ferin (2015). Da ‘desdemocratização’ da Europa: democracia, media e corrupção política, Intercom RBCC, vol. 38, n. 1, 37-63.

DEBORD, Guy (2002). The society of spectacle, Camberra, Hobgoblin Press.

DUFOUR, Dany-Robert (2007). Dix lignes d’effronnement du sujet moderne: relevés sismographique, Clinique Méditerranéennes, 75, 91-107.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (2012). Democracia y constitucionalismo, México, Fondo de Cultura.

ENGLISH, Karl (1979). Introdução ao pensamento jurídico, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

FARIA, José Eduardo (2009). O Estado e o Direito depois da Crise, São Paulo, Saraiva/FGV.

_____ (1989). O modelo liberal de direito e Estado, in Direito e Justiça: a função social do Judiciário, José Eduardo Faria (org.), São Paulo, Ática.

_____ (1988). Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social, São Paulo, Edusp.

FERNANDES, Florestan (2006). A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica, São Paulo, 5ª. Ed., Globo.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio (1988). Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação, São Paulo, Atlas.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza (1999). Os direitos invisíveis, in *Os sentidos da democracia*, Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli (orgs.), Petrópolis, Vozes.

GUARNIERI, Carlo (1992). Magistratura e politica in Italia: pesi senza contrapezi, Bologna, Il Mulino.

GUÉHENNO, Jean-Marie (1994). O fim da democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.

HABERMAS, Jürgen (2014). Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos, São Paulo, Unesp.

_____ (2002). Pensamento Pós-metafísico, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

_____ (1976). Legitimation Crisis, London, Heinemann Educational Books Ltd.

HARVEY, David (2016). 17 contradições e o fim do capitalismo, São Paulo, Boitempo.

KELSEN, Hans (1998). Teoria Pura do Direito, Coimbra, Armenio Amado.

KIRCHHEIMER, Otto (1961/1980). Political Justice, Princeton University Press, Greenwood Press.

LIMA, Roberto Kant de (2004). Direitos civis e direitos humanos: uma tradição pré-republicana?, São Paulo em Perspectiva, 18 (1), 49-59.

LINZ, Juan L.; STEPAN, Alfred (1999). A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da Europa e da América do Sul, São Paulo, Paz e Terra.

MACCORMICK, Neil (2008). Retórica e o Estado de Direito, Rio de Janeiro, Elsevier.

MAUS, Ingborg (2010). O Judiciário como superego da sociedade, Rio de Janeiro, Lumen Juris.

MISSE, Michel (2010). Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição sobre a categoria “bandido”, Lua Nova:

revista de cultura e política, n.79.

OLIVEIRA, Francisco (2010). Hegemonia às avessas, in *Hegemonia às avessas*, Francisco de Oliveira, Rui Braga e Cibele Rizek (orgs.), São Paulo, Boitempo.

_____ (2003). *Crítica da Razão Dualista/O Ornitorrinco*, São Paulo, Boitempo.

PAPADOPOULOS, Yannis (2013). *Democracy in crisis: politics, governance and policy*, Hampshire/New York, Palgrave Macmillan.

QUIRK, William J.; BRIDWELL, R. Randall (1995). *Judicial Dictatorship*, New Brunswick/New Jersey, Transaction Publishers.

RANCIÈRE, Jacques (2005). *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique.

_____ (1996). O dissenso, in *A Crise da Razão*, Adauto Novaes (org.), São Paulo, Brasília, Rio de Janeiro, Minc/Funarte/Companhia das Letras.

RAULET, Gérard (2012). *Légitimité et mondialisation: actualité et limites de la théorie habermasienne des crises*, em *Les Lumières de Jürgen Habermas*, no. 19, Université Michel de Montaigne Bordeaux 3.

D'ALLONNES, Myriam Ravault (2010). *Pourquoi nous n'aimons pas la démocratie?*, Seuil.

RIBEIRO, Hélcio (2015). *La reforma agraria y la retorica del Estado del Derecho: la experiencia brasileña*, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v. XXXI, p. 259-278.

_____ (2001). *Justiça e Democracia: Judicialização da Política e controle externo da magistratura*, Porto Alegre, Síntese.

SAFATLE, Vladimir (2008). *Cinismo e Falência da Crítica*, São Paulo, Boitempo.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2011). *Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*, São Paulo, Cortez.

_____ (1999). *Reinventar a democracia: entre o pré-*

contratualismo e o pós contratualismo, in Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global, Francisco de Oliveira e Maria Célia Paoli (orgs.), Petrópolis, Vozes.

_____ (1995). A sociologia dos Tribunais e a democratização da Justiça, in Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade, São Paulo, Cortez.

SANTOS, Laymert Garcia dos (2016). *Para professor da Unicamp, já vivemos Estado de Exceção semelhante ao nazismo, entrevista a Carta Campinas*, 30 de abril de 2016. Disponível em: <http://cartacampinas.com.br/2016/04/para-professor-da-unicamp-ja-vivemos-estado-de-excecao-semelhante-ao-nazismo/>.

SANTOS, Wanderley Guilherme (2017). A democracia impedida: o Brasil no século XXI, Rio de Janeiro, FGV Editora.

SOUZA, Jessé (2016). A radiografia do golpe: entendo como e porque você foi enganado, Rio de Janeiro, LeYa.

_____ (2015). A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite, São Paulo, LeYa.

_____ (2009). A ralé brasileira: quem é e como vive, Belo Horizonte, Editora UFMG.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (1995). The Global Expansion of Judicial Power, New York and London, New York University Press.

TREMBLAY, François (2007). *A Suprema Corte do Canadá aprova julgamentos secretos e prisões arbitrárias*. 16 de maio de 2007. Disponível em: <https://www.wsws.org/pt/2007/may2007/port-m16.shtml>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

WALLERSTEIN, Immanuel (2008). Depressão, uma visão de longa duração. Carta Maio. 22 outubro 2008. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Economia/Depressao-uma-visao-de-longa-duracao%0D%0A/7/14606>.

WARAT, Luis Alberto (1979). Mitos e teorias na interpretação da lei, Porto Alegre, Editora Síntese.

A CRISE E O PATRIMONIALISMO

Maria Paula Dallari Bucci*

1. As crises de hoje e de ontem

A crise, do ponto de vista político, como diz o mote deste livro, pode ser vista como o limite de um sistema dado ou como a oportunidade para sua transformação. Ambas as alternativas não são necessariamente excludentes.

A primeira visão costuma ser percebida como um obstáculo dentro de uma perspectiva evolucionista, que acredita no amadurecimento das instituições em direção ao “progresso”. Quando se tem o paradigma democrático por referência, isso significaria caminhar em relação a maior expressão da soberania popular; no campo da democracia representativa, maior autenticidade da representação política. Os clamores inatendidos pela reforma política demonstram o pouco apelo prático desse tema entre nós, a despeito do consenso sobre o preço político que o país paga pela fragmentação do quadro partidário, na casa de quase três dezenas de agremiações representadas no Congresso Federal e outras tantas em processo de criação.

Por outro lado, talvez sob o trauma de tantos golpes de Estado e retrocessos na ordem constituída na história do Brasil independente, há cautela em afirmar-se que o ponto de degradação da vida pública – a crise – corresponde a uma inviabilidade institucional. Ao longo da história do Brasil independente, houve diversos momentos de instabilidade, interpretados como de “anarquia”. E se há um ponto que goza de aceitação unânime entre os estudiosos da política brasileira é o de que a superação das crises se deu sempre pelo elitismo conservador, a “costura pelo alto”.

Essa interpretação incorpora-se ao senso comum com a disseminação da obra de Raymundo Faoro, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, publicada originalmente em 1958, e seu conceito de patrimonialismo, assim sintetizado:

De D. João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis

* Professora da Faculdade de Direito da USP. Doutora e Livre Docente pela mesma Universidade.

séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais [...]. O capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou o pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência, o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi. (p. 733)

As leituras mais comuns sobre a crise atual, baseadas nessa formulação conceitual antevêm o desenrolar (às vezes nauseante) do jogo político mais recente como uma história sem surpresas. Na sucessão de ações e reações entre as medidas judiciais, cautelares, decisões de instâncias superiores etc., tudo indica que decisões que poderiam apontar um caminho republicano na operação Lava Jato serão “pontos fora da curva”. A negativa de autorização do Congresso para processar o presidente de turno, a fragilidade da jurisprudência tanto do Tribunal Superior Eleitoral como do Supremo Tribunal Federal, que não logra estabelecer precedentes como critérios de interpretação das normas no sentido democrático, enfim, as respostas institucionais estruturantes do futuro próximo indicam que o país assumirá velhas rotinas de acomodação das forças políticas hegemônicas. A crise de hoje, portanto, não seria um momento especial, mas apenas um episódio, parte de uma sequência de crises infrutíferas, frustrando uma perspectiva evolutiva de melhoria da sociedade brasileira. Nas palavras de Faoro, “A máquina estatal resistiu a todas as setas.” (p. 748)

2. Elitismo e escravismo, segundo Jessé Souza

Jessé Souza, em *A elite do atraso. Da escravidão à Lava Jato* (Souza, 2017), põe em questão a pertinência da noção de

patrimonialismo, denunciando o pretexto do combate à corrupção, em que alguns de seus protagonistas dela se servem como golpe para que permaneça intocada a exclusão social. As raízes da crise não estariam nos malfeitos de agentes do Estado, mas na divisão social legada pela escravidão, que separa os que têm acesso aos bens e serviços da sociedade, daqueles sistematicamente excluídos, por racismo ou formas veladas de discriminação.

A compreensão do Brasil seria baseada na “experiência da escravidão, e não a suposta e abstrata continuidade com Portugal e seu ‘patrimonialismo’, onde não existia a escravidão, como semente de toda a sociabilidade brasileira”.¹ Essa premissa se desdobra na percepção de que “a luta de classes por privilégios e distinções logrou construir alianças e preconceitos que esclarecem, melhor que qualquer outra coisa, o padrão histórico que se repete nas lutas políticas do Brasil moderno.” (SOUZA, 2017, p. 9)

Texto de ação, praticamente um texto de guerrilha – dada a virulência dos ataques, alguns evidentemente descabidos, a pensadores e obras que estão na base da formação de uma consciência crítica sobre a sociedade brasileira –, ele abre oportunidade para o reexame da noção de patrimonialismo como explicação sobre os papéis relativos do Estado e do mercado no Brasil contemporâneo. O cerne do argumento diz respeito ao “complexo de vira-lata” do brasileiro – expressão emprestada de Nelson Rodrigues –, a partir da obra de Sérgio Buarque de

¹ A longa trajetória dessa argumentação na obra do autor se inicia sob a forma acadêmica tradicional e vai assumindo um ativismo crescente, até que o protocolo é quebrado, para empregar desqualificações descabidas, que obviamente só podem ser rejeitadas, como tachar a obra de Faoro de “embuste” e “fajuto”, atribuir a Sérgio Buarque a pretensão de “charminho crítico” para “disfarçar seu conservadorismo” e arroubos argumentativos do gênero. O ponto de virada talvez seja o debate em torno da compreensão da “nova classe trabalhadora precarizada” (que “um marketing míope e pouco inteligente do próprio PT chamou de ‘nova classe média’”, Souza, 2017, p. 108), a partir dos anos 2000, em que Bolívar Lamounier e Amaury de Souza teriam duvidado da sustentabilidade do seu desenvolvimento, uma vez que “faltaria ‘capital social’ a essa classe, o que um seria impeditivo futuro importante da mudança de condições favoráveis ao desenvolvimento econômico.” Na avaliação de Jessé Souza, essa inexorabilidade de permanência do status quo, sem a identificação de responsabilidades ou programas de mudança que pudessem reverter a indigitada “falta de capital social”, é fruto da dominação simbólica operada pela associação entre o patrimonialismo e o racismo de classe (Souza, 2012, p. 355). Desse ponto, não há como discordar. Apesar disso, o problema estaria na forma de apropriação da tese do patrimonialismo e não no conceito ou em seus formuladores, que abriram trilhas ainda não superadas para a compreensão da sociedade e do Estado brasileiros e são os alvos errados nessa disputa.

Holanda, que teria esvaziado o mérito de Gilberto Freyre, de “criar um sentimento de identidade nacional brasileiro que permitisse algum ‘orgulho nacional’ como fonte de solidariedade interna”, importante “por sua eficácia na produção de uma comunidade imaginária que se percebe como singular”. (SOUZA, 2017, pp. 28-29). O “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil* (1936), teria destruído o aspecto positivo do orgulho nacional sintetizado por Freyre, ao inverter seu sentido para algo negativo. Concebido como um brasileiro genérico, sem distinções de classe, teria se tornado o “porta-voz oficial do liberalismo conservador brasileiro”² (SOUZA, 2016, p. 30). Mas, além disso, e pior: “A semente escravista foi silenciada e substituída por uma interpretação falsa cientificamente e conservadora politicamente” (SOUZA, 2017, p. 14).

No contexto das relações do Brasil com os países do centro do capitalismo mundial, a importância desse debate estaria na necessidade de se contrapor à teoria da modernização, forjada nos Estados Unidos do pós-segunda guerra mundial, que teria transformado aquele país em “modelo exemplar para o mundo” – com “a herança cultural do protestantismo individualista como paradigma insuperável para a constituição de uma sociedade rica e democrática” – e “todos os outros países, realizações imperfeitas desse modelo”. (SOUZA, 2017, p. 16) Esse modo de pensar do “culturalismo racista”, apoiado em teóricos importantes, permaneceria orientando a ação internacional, nas análises do Banco Mundial e do FMI, por exemplo. Entre nós, a “ideia do

² O caráter “guerrilheiro” do livro de 2017 fica evidente na comparação com texto anterior de Jessé, em que o trabalho de Sérgio Buarque de Holanda é referido com visível admiração. “Sérgio Buarque de Holanda, tido, com toda a justiça, como um dos nossos maiores pensadores, é um caso típico do que afirmei. No seu *Raízes do Brasil*, nossa tradição cultural é contraposta à herança nórdica protestante. O autor introduz um eixo temático que irá tornar-se dominante no nosso pensamento social a partir de então: a nossa mentalidade é avessa ao associativismo racional típico dos países protestantes, especialmente dos calvinistas (Buarque de Holanda, 1963, p. 11). Nossa tradição cultural seria ‘individualista amoral’, incapaz de superar o imediatismo emocional que caracteriza as relações sociais dos grupos primários como a família. Como as instituições modernas mais importantes, como o Estado e o mercado, pressuporiam a superação do horizonte da solidariedade familiar, aí estariam as causas do nosso descompasso político e econômico. A falta de vínculo associativo horizontal, que possibilite as constelações de interesses de longo prazo, passa a ser percebida como a causa fundamental do nosso atraso social./ Este argumento é desenvolvido com maestria incomparável por Sérgio Buarque. [...] Apesar de este capítulo ser uma dessas raras manifestações de conjunção feliz de talento científico e literário, ele induz a erro vários comentadores de Sérgio Buarque. (Souza, 1998)

brasileiro como vila-lata da história, sendo a imagem invertida no espelho do protestante americano transformado em herói” (SOUZA, 2017, pp. 30-31).³

O efeito mais nocivo desse ideário é reforçar uma forma de organização da sociedade baseada na “separação ontológica entre seres humanos de primeira classe e seres humanos de segunda classe”, que se amplia além das diferenças fenotípicas ou raciais, para abranger outras formas de hierarquização social destinadas a “legitimar reflexivamente a suposta superioridade inata de uns e a suposta inferioridade inata de outros” (SOUZA, 2017, p. 18), ocultando “a origem de toda desigualdade que separa classes com acesso privilegiado aos capitais econômico e cultural das classes que foram excluídas de todo acesso a esses capitais” (SOUZA, 2017, p. 32).

Na visão de Jessé, a estrutura de classes e relações de poder que movimentam a sociedade brasileira ainda hoje são as legadas do período Vargas, quando se criaram, efetivamente, “um mercado e um Estado mais vigorosos”. O Estado teria sido, a partir dos anos 1930, o grande divisor de águas, a variável nova no desenvolvimento brasileiro, com a instalação das indústrias de bens de produção e instituições estatais de pesquisa e planejamento, voltadas a dotá-lo de capacidade de intervenção, que somada à legislação do trabalho, consubstancia o fundamento de uma ordem capitalista industrial tanto na economia quanto na política. (SOUZA, 2017, pp. 110-111).

A dinâmica das classes sociais no Brasil, conhecimento que resulta de extenso estudo empírico publicado em livros sobre os “batalhadores”, se baseia nas seguintes divisões principais:

a) a elite dos proprietários- mantém “seu padrão predatório de sempre” – “compra o Parlamento, sentenças de juízes, a imprensa e o que mais for necessário” para “garantir o saque ao orçamento, a rapina das riquezas nacionais como sócio menor do capital estrangeiro e a quebra do ânimo e da solidariedade dos trabalhadores para a maior exploração possível do trabalho” (SOUZA, 2017, pp. 107);

b) a classe média e suas frações- “a classe trabalhadora

³ Cabe registrar ideia semelhante presente em *Os donos do poder*, ainda que sem a mesma sofisticação: “A sociedade capitalista aparece aos olhos deslumbrados do homem moderno como a realidade acabada da história – degradadas as sociedades pré-capitalistas a fases imperfeitas [...]” (Faoro, p. 735)

urbana e industrial e a classe média *white collar*, dos serviços administrativos do mercado, do comércio e das finanças, acrescida da classe média dos serviços estatais”. Essa classe, que representa 20% da população, disputa o capital cultural; percebe “o conhecimento valorizado como algo que deve ser exclusivo à sua classe social”, de onde derivam estratégias de reprodução de privilégios falaciosamente apresentadas como meritocracia; (SOUZA, 2017, p. 95, 109 e 143)

c) a classe trabalhadora semiqualficada:

Os “batalhadores”, nome que é uma homenagem a essa classe que se reinventou sozinha sob as piores condições, se assemelham muito mais a uma classe trabalhadora precarizada, típica do contexto social do pós-fordismo, sem direitos e garantias sociais, que trabalha de 10 a 14 horas ao dia, estuda à noite e faz bicos nos fins de semana. Seu potencial de consumo pressupõe extraordinário esforço pessoal, sacrifício familiar de todo tipo, além de todo tipo de sofrimentos e dores silenciadas pelo discurso triunfalista dominante. Essa classe não é só brasileira. Ela é expressiva em todos os países ditos emergentes, com grandes massas dispostas a todo tipo de trabalho sob as piores condições para executá-lo. (SOUZA, 2011) e

d) a “ralé de novos escravos”- constituída por mais de um terço da população, “agora de todas as cores de pele, mas herdando o desprezo social de todos que era devotado ao escravo negro, o elemento mais importante para singularizar o Brasil”, formada de “sub-humanos” (SOUZA, 2017, p. 102).

Mas Vargas não teria tocado no problema da ralé, uma vez que o segmento mais importante para a construção da ordem capitalista competitiva são os trabalhadores urbanos qualificados e semiqualficados, formando as classes populares ascendentes, aos quais se soma, em seu projeto, a burguesia industrial nascente, fração da classe dos proprietários. Aos pobres resta o abandono secular – e com ele a “baixa produtividade” do trabalhador brasileiro. “O discurso da estigmatização dos pobres é a mais longeva das tradições brasileiras.” Novas formas de privilégio são legitimadas e a dominação tende a se eternizar; a transição nunca termina (SOUZA, 2017, pp. 80-81 e 104).

A chave para a compreensão do Brasil é o papel da classe

média e como a sua sobrevivência e aspirações de ascensão dependem de uma diferenciação tensa e violenta em relação aos pobres. “É ela que forma um pacto antipopular, comandado pela elite dos proprietários, onde se misturam aspectos racionais, como preservação de privilégios, e aspectos irracionais, como necessidades de distinção e ódio e ressentimento de classe.” (SOUZA, 2017, p. 108) Esse pacto explica porque a classe trabalhadora e os batalhadores “também procuram se distanciar da ralé.” (SOUZA, 2017, pp. 103-104)

A ralé de novos escravos cumpre entre nós, assim, uma função semelhante àquela que as castas mais inferiores do hinduísmo cumpriam. Max Weber, em sua análise da religião hindu, percebia como uma das razões mais importantes para a longevidade milenar do sistema de castas precisamente o fato de que todas as castas poderiam se considerar superiores em relação à que estava no último degrau da hierarquia social. O sistema era aberto, ou seja, sempre admitia a entrada de castas estrangeiras, desde que aceitassem começar por baixo de todos. Desse modo, tinha sempre alguém abaixo precisamente para permitir que, inclusive, outras castas inferiores pudesse se sentir superiores a essa condenada aos serviços mais desprezíveis. (SOUZA, 2017, pp. 104-105).

3. A crítica ao conceito de patrimonialismo

A crítica ao conceito de patrimonialismo – que não é nova na obra de Jessé Souza nem exclusiva dele⁴ – abre oportunidade de reexaminar essa categoria explicativa do Estado brasileiro.

Para Souza, o patrimonialismo, tal como apresentado por Faoro, além de distorcer os pressupostos da obra inspiradora de Max Weber, prestaria um serviço contrário ao que anuncia, revestindo a elite intelectual brasileira de um sentimento anti-

⁴ Na opinião de Fabio Konder Comparato, a “interpretação que Faoro deu da História do Brasil irritou profundamente a crítica marxista, pois tornava dispensável o recurso metodológico do esquema da luta de classes. Mas a verdade talvez se encontre numa conjugação dessas teses aparentemente antitéticas: a classista e a estamental.”. Essa perspectiva é interessante também para situar no tempo a disseminação da obra de Faoro. Nancy Leonzo assinala que foi Carlos Guilherme Mota quem primeiro destacou, no âmbito acadêmico, a importância de *Os Donos do Poder*, em 1977, quase vinte anos depois do seu lançamento.

Estado, que aniquilaria as condições de transformar as estruturas que produzem exclusão social e pobreza. Do poder da intelectualidade resultaria a disseminação de um senso comum, segundo o qual o Estado é “ineficiente, politiquero e corrupto” e o mercado, divinizado pela mera oposição a ele.

Haveria, com isso, uma dupla invisibilização, do rebaixamento geral dos brasileiros e dos interesses privados que realmente dominam o Estado, contribuindo para enfraquecer a noção de Estado, que é quem pode contrabalançar a exclusão e promover algum grau de inclusão. (SOUZA, 2017, p. 80)

Ocorre que as elites que privatizam o público, para Jessé, não estão apenas nem principalmente no Estado, mas fora dele, no mercado, ainda que a captura do Estado seja fundamental para seus fins. Na realidade, a elite estatal e política ficaria “com as sobras do saque realizado na riqueza social de todos em proveito de uma meia dúzia” – seriam, no jargão do narcotráfico, os “aviõezinhos” do esquema (Souza, 2017, pp. 12 e 137). Mas graças ao convencimento propiciado pelo ideário patrimonialista, a corrupção na esfera privada permaneceria oculta.

[...] carros com o dobro da taxa de lucro dos carros europeus; [...] taxas de juro estratosféricas para bancos em qualquer compra a prazo; e serviços de celular dos mais caros do mundo, ainda que o serviço seja incomparavelmente pior [...]. [Em resumo] preços máximos por produtos e serviços mínimos e de baixa qualidade a capitalistas que possuem monopólios para produzir mercadorias e serviços de segunda categoria [...]. É essa ‘corrupção organizada’ do mercado que ‘aparece’ como milagre do mérito de capitalistas que na verdade herdaram o privilégio e nunca correram nenhum risco. (SOUZA, 2014)

Além disso, omite-se o fato de que Estado e mercado formam “um único contexto funcional”:

Essa oposição é frágil e descabida, já que Estado e mercado formam um sistema interdependente, além do próprio mercado brasileiro, em todas as instâncias, ter sido criado e se desenvolvido à sombra do Estado. (Souza, 2011)

As esferas estatais, públicas e privadas, do mercado, passam a formar um único contexto funcional, a partir da

privatização do Estado pelo capitalismo organizado (ou seja, a real privatização do Estado, em relação à qual nossos teóricos do patrimonialismo pretendem nos cegar, ao chamar atenção à privatização por indivíduos), processo esse acelerado pela concentração de capitais. (SOUZA, 2017, p. 122)

O pecado dos intelectuais, em especial Sérgio Buarque, seria ignorar que a apropriação do Estado por interesses privados não é obra de indivíduos, mas do capital organizado:

[...] o mercado sequer existe como configuração de interesses organizados, sendo a única instância institucionalizada e organizada, percebida pelo autor e apartada dos indivíduos o próprio Estado. Além dele só existem indivíduos privados, sem que uma lógica da propriedade privada e sua tendência à acumulação ampliada, levando a oligopólios e monopólios, seja sequer mencionada. A lógica de funcionamento do mercado é tornada invisível e a noção de elite dominante, portanto, restringe-se à esfera estatal. (SOUZA, 2011)

Por fim, a narrativa de Faoro contribuiria para uma visão determinista, ao alinhar os fatos históricos a uma tese definida de antemão, uma espécie de “maldição”, em que o estamento que controla o Estado, em nome de seus próprios interesses, impediria o florescimento “de uma sociedade civil livre e empreendedora”.

Em oposição ao uso histórico e dinâmico da categoria de patrimonialismo em Weber, seu uso por Faoro é estático e tendencialmente a-histórico. Faoro se interessa pouco pelas transformações históricas do que ele chama de estamento burocrático e procura sempre ressaltar, ao contrário, a permanência inexorável do mesmo sob mil disfarces que são apenas uma aparência de diferença. Isso resulta, creio eu (sem prejuízo da primorosa historiografia política, especialmente do período que vai de 1822 a 1922, que ele, apesar de tudo, consegue realizar), da forma teleológica e esquemática de como ele constrói seu argumento. (SOUZA, 2017, pp. 198-199)

Haveria um determinismo adicional, segundo o qual seríamos congenitamente fadados à corrupção. Considerar a “corrupção como dado cultural brasileiro” faria de nós “um povo desonesto e

corrupto que só quer levar vantagem em tudo” – ideias falsas, que “retiram nossa autoestima”. (SOUZA, 2017, pp. 23 e 92)

Combater a corrupção de verdade seria combater a rapina, pela elite do dinheiro, da riqueza social e da capacidade de compra e de poupança de todos nós para proveito dos oligopólios e atravessadores financeiros. (SOUZA, 2017, p. 12)

A noção de moralidade administrativa subjacente à operação Lava Jato (“se indignar com as falcatruas – sempre seletivas”) seria escapista em relação à moralidade que deveria orientar a sociedade brasileira, consistente na superação do abismo entre classes que nos organiza até hoje: “o tratamento igualitário dos outros seres humanos, ou o comprometimento com chances e oportunidades para todos”. (SOUZA, 2017, p. 141)

Trata-se de um moralismo e uma legalidade de interesse restrito à classe média, baseados no “preconceito do suposto patrimonialismo congênito, com o Estado como lugar da elite corrupta, com a noção antipopular e preconceituosa de ‘populismo’, também produto de intelectuais, que diz que nosso povo é desprezível e indigno de ajuda e redenção contaminando toda política feita em seu favor” (SOUZA, 2017, p. 24). O expediente da corrupção seletiva (ou, melhor dito, do combate seletivo à corrupção), “mote que sempre é levado à baila quando o Estado hospeda integrantes não palatáveis pelo mercado ávido de capturar o Estado apenas para si” (SOUZA, 2017, p. 33), como Getúlio Vargas e Lula. O patrimonialismo e populismo seriam “dois espantalhos” criados para tornar possível a aliança antipopular que caracteriza o Brasil moderno desde 1930.

4. O conceito de patrimonialismo e alguns de seus usos

A despeito da clivagem proposta por Jessé Souza, que sugeriria um recorte ideológico, o conceito de patrimonialismo permanece sendo utilizado em discursos de diversas posições do espectro político. Sua crítica, nesse ponto, refere-se à banalização, que demonstra descompromisso com as verdadeiras carências da sociedade brasileira, para as quais o patrimonialismo funcionaria como discurso conformista e até certo ponto, apaziguador.

Especialmente a classe média não tem compreensão do quadro como um todo e não tem “comprometimento afetivo com uma mudança política efetiva” (SOUZA, 2017, p. 187).⁵

Cabe rememorar os elementos conceituais do patrimonialismo, segundo a formulação de Faoro, para considerar as razões de sua permanência: a) a confusão entre o público e o privado; b) a identificação do estamento burocrático – “camada social, comunitária, embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes”, que “imperava, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando”, “sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político”;⁶ e c) a concentração dos mecanismos de intermediação no corpo estatal (FAORO, pp. 736-737).

O dinamismo do conjunto tem como chave de compreensão o Estado. As alianças se realizam a partir do seu interior, com base em estratégias de cooptação:

Ao receber o impacto de novas forças sociais, a categoria estamental se amacia, domestica, embotando-lhe a agressividade transformadora, para incorporá-las a valores próprios, muitas vezes mediante a adoção de uma ideologia diversa, se compatível com o esquema de domínio. [...] O sistema compatibiliza-se, ao imobilizar as classes, os partidos, as elites, aos grupos de pressão, com a estratégia de oficializá-los. (FAORO, p. 745)

Isso não significa, segundo o próprio Faoro, que não haja luta ou resistência:

Obviamente [...], a estrutura não se mantém senão ao preço de muitas tensões e conflitos. Grupos, classes, elites, associações tentam, lutam para fugir ao abraço sufocador da ordem imposta de cima, seja pelo centrifugismo colonial, o federalismo republicano, a autonomia do senhor de terra, gerando antagonismos que,

⁵ Isso faz lembrar uma crítica, na mesma linha, de Joaquim Nabuco, a respeito da Lei do Ventre Livre, de 1871, que era tão mais atrasada que o alvará de 1763 que aboliu a escravidão em Portugal, que revelava que “[...] o legislador cumpriu apenas um dever, sem amor, sem simpatia.” (NABUCO, pp. 37-38)

⁶ Como define Comparato, acentuando o aspecto da confusão entre o público e o privado: “Não se trata, pois, daquele estamento de funcionários públicos encontrável nas situações de ‘poderio legal com quadro administrativo burocrático’ da classificação weberiana, mas de um grupo estamental correspondente ao tipo tradicional de dominação política, em que o poder não é uma função pública, mas sim objeto de apropriação privada.”

em breves momentos, chegam a arredar, sem aniquilar, o estado-maior de domínio, imobilizando-o temporariamente, incapazes os elementos em rebeldia de institucionalizar-se fixamente. (FAORO, p. 739)

Mas é preciso registrar que Faoro duvida, essencialmente, das possibilidades da soberania popular, seja porque a Constituição e as reformas legislativas não se enraizam na vida social, carecendo do mínimo de pragmatismo político, seja porque o povo, na sua opinião, não sabe o que quer. “A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.” (FAORO, pp. 741, 742, 745 e 748)

Fernando Haddad é um dos três personagens da vida pública brasileira criticados no livro de Jessé Souza por lançar mão desse arcabouço conceitual como elemento explicativo da política nacional, conforme demonstra a transcrição abaixo, extraída de matéria publicada na Revista Piauí:

O patrimonialismo é, antes de mais nada, uma antítese da república. O despotismo é outra antítese da república. [...] ao contrário do mundo feudal, que é ‘fechado por essência, não resiste ao impacto com o capitalismo, quebrando-se internamente’, o patrimonialismo se amolda ‘às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do mundo externo’. Ou seja, Faoro [...] o concebia como um modelo arcaico que sobreviveu à modernização.

Em um artigo publicado na revista Reportagem em janeiro de 2003, logo após a primeira eleição de Lula, eu alertava que o PT ainda não havia feito o diagnóstico adequado sobre a natureza do que chamei de ‘patrimonialismo moderno’.

Argumentei que, dada a natureza patrimonialista do Estado brasileiro, ‘a mera chegada ao poder de um partido de esquerda, por si só, ainda que promettesse respeitar todos os direitos constituídos e os contratos celebrados, seria percebida como um ato em si mesmo expropriatório’. E, portanto, passível de forte reação contrária. Mas que o nó da questão era, como o próprio Faoro apontava em sua obra, a possibilidade histórica de um patrimonialismo social-democrata, que empreendesse ‘uma política de bem-estar para assegurar a adesão das massas’. (HADDAD, 2017)

Ressalvando a capacidade de reflexão pessoal de Haddad, Jessé o critica por operar um contrassenso conceitual, uma vez que para Max Weber, o patrimonialismo é inseparável de condições pré-modernas.” (SOUZA, 2017, pp. 189-190) Ocorre, no entanto, que o suposto contrassenso operado por Haddad não é involuntário e consiste num deslocamento devidamente explicado em texto referido na matéria citada:

Para Faoro, o patrimonialismo moldou a realidade estatal ‘sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno’. ‘A realidade histórica brasileira demonstrou a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista. Adotou do capitalismo a técnica, as máquinas, as empresas, sem aceitar-lhe a alma ansiosa de transmigrar’ (p.822).

Tudo o que os jovens marxistas do ‘seminário do capital’ queriam provar era justamente o contrário. O passado não incorporava o presente capitalista; antes, o capitalismo moderno se valia de formas arcaicas, dando a elas desígnios ultramodernos. Esses pesquisadores queriam demonstrar o quanto a escravidão no Brasil era moderna, tanto quanto a escravidão americana e a segunda servidão dos Estados danubianos, como havia sugerido o próprio Marx. A reação periférica à expansão do capitalismo central se deu das formas as mais disparatadas. Escravidão, servidão, patrimonialismo e despotismo são formações arcaicas revitalizadas com o objetivo de propiciar a extração primitiva de mais-valia.

[...] Se o Estado brasileiro não é um Estado-nação que se completou, ele é um Estado-concessão plenamente constituído. No Brasil, todos os setores dinâmicos da economia se organizam como concessões, das rádios e tevês aos bancos, passando por toda infra-estrutura do país. Mesmo o capital produtivo internacional que queira explorar os serviços concedidos tem que se submeter à intermediação do Estado, que exerce desde sempre sua peculiar soberania.

[...] O nó da questão é que o próprio Faoro alertava para a possibilidade histórica de um patrimonialismo social-democrata que empreenda, em certas circunstâncias, ‘uma política social de bem-estar, para assegurar a adesão das massas’. (Haddad, 2003)

Pode-se eventualmente discutir o caráter moderno da escravidão no Brasil, que durou, graças à resistência persistente dos segmentos escravocratas, quase todo o séc. XIX, período de prolongada estagnação econômica, e que operou como bloqueio à instalação do capitalismo no país, só iniciado com a disponibilidade de capitais que passa a haver com o fim do tráfico, a partir dos anos 1850. Mas o ponto ilustra, no mínimo, que os usos do conceito não se subordinam a uma leitura única ou uniforme.

Se é possível falar em “patrimonialismo social-democrata”, como convivência de dois arranjos políticos que não se anulam estruturalmente, mas atuam para a mitigação da dominação estamental por meio da provisão parcial de direitos e melhoria relativa de serviços de interesse da população, há disputa sobre o que significa um projeto de social-democracia para o Brasil. Marcos Lisboa entende, em resposta a Haddad, que seria a antítese do “velho nacional-desenvolvimentismo” que teria ocorrido no segundo governo Lula, em moldes patrimonialistas – isto é, pela atribuição discricionária de benefícios fiscais e de créditos do BNDES a empresas e setores escolhidos, sem critérios impessoais e mecanismos de acompanhamento. Ao que Haddad replica, também invocando o conceito:

É muito possível existir patrimonialismo de tipo ‘liberal’, sem desenvolvimentismo. Basta ler o noticiário da época das privatizações dos anos 90. O fato de a ‘privataria tucana’ não ter sido investigada pelo Ministério Público Federal à época só demonstra que o patrimonialismo contava com a benevolência, ou coisa pior, por parte de quem deveria combatê-lo, e não que ele não existia. (HADDAD, 2017, b)

Considerações finais

É necessário por em contraste o contexto econômico em que escreve Jessé Souza e aquele em que foram produzidos *Raízes do Brasil* e os *Donos do Poder*. O texto de Sérgio Buarque é escrito às vésperas do Estado Novo, quando o quadro econômico e social que seria produzido pelo varguismo ainda estava em gestação. O “mercado nacional” era algo em formação, de onde seria impróprio pretender que fosse adotado como categoria de análise naquela altura. Já a obra de Raymundo Faoro, vinte e dois anos posterior,

não tem como contexto um mercado maduro e atuante, como aquele que serve de pano de fundo à crítica de Jessé, cujos argumentos se voltam ao capitalismo financeiro dos anos 1990 em diante.

O movimento que está no cerne do neoliberalismo e da globalização tem como característica principal a desregulamentação das transações financeiras transnacionais, componente importante para o enfraquecimento geral dos Estados nacionais – tanto centrais como periféricos– como instância de exercício de autoridade.

Nesse sentido, o que poderia tornar superado o referencial da obra de Faoro seria não a crítica ao Estado, mas, ao contrário, o seu enaltecimento exagerado, ao adotar a centralidade absoluta do Estado sobre a vida política e social. A importância relativa do papel do Estado – e também do Exército (p. 747), elemento importante da equação política do séc. XX – se desatualizaram, não se podendo mais afirmar que:

O brasileiro que se distingue há de ter prestado sua colaboração ao aparelhamento estatal, não na empresa particular, no êxito dos negócios, nas contribuições à cultura, mas numa ética confuciana do bom servidor, com carreira administrativa e curriculum vitae aprovado de cima para baixo. (FAORO, p. 743)

Não apenas a atuação de um exuberante mercado transnacional, que seleciona as jurisdições estatais às quais se subordinam as suas operações, mas o próprio simbolismo cultural estão muito distantes de um modelo que, ao contrário de vilanizar o Estado, o enaltecia, na medida em que reconhecia seu papel de centro de gravidade da vida política e social (MELO, 2016).

Com isso, entendo que ainda que possam proceder algumas das críticas formuladas por Jessé ao conceito de patrimonialismo – tal como recusar a ideia de que a apropriação privada do Estado seja uma mazela exclusivamente nacional – os pontos de contato entre as duas abordagens são mais numerosos do que essas fazem pensar.

Para uma reflexão contemporânea, um ponto a considerar seria a fraqueza do Estado não apenas pela captura, segundo a descrição do patrimonialismo, mas também pela voracidade do mercado, que atingiu uma escala sem precedentes e, além disso,

colonizou corações e mentes. O bom servidor confuciano de ontem é o barnabé de hoje.

E afirmar que não se deve permitir o enfraquecimento do Estado brasileiro – com o que estamos de acordo – é diferente de enfrentar a sua debilidade, resultado de desarticulação e da falta de um projeto político que lhe confira um papel claro, a orientar instrumentos e estratégia para a construção de políticas públicas que possam resultar efetivamente na superação da subcidadania.

Referências

COMPARATO, Fabio Konder. Raymundo Faoro historiador. Homenagem. Estudos Avançados, São Paulo, vol. 17, nº 48, maio-agosto 2003;

FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro. 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1987, 2 volumes;

HADDAD, Fernando. Um ato expropriatório. Revista Reportagem, janeiro de 2003, disponível em <http://trabalhounido.blogspot.com.br/2017/03/textos-antigos-de-fernando-haddad-na.html>. Acesso 16/11/2017;

HADDAD, F. Vivi na pele o que aprendi nos livros. Revista Piauí, nº 129, junho 2017 (a);

HADDAD, F. (Des)ilusões liberais. FHC, Lula e a ficção histórica de Marcos Lisboa. Revista Piauí, nº 132, setembro 2017 (b);

LEONZO, Nanci. Os donos da história e o autor de Os Donos do Poder. Revista de Historia, nº 132, Departamento de Historia – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas - USP, <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18760/0>. Acesso 18/11/2017;

LISBOA, Marcos. Outra história. Uma resposta a Fernando Haddad. Revista Piauí, nº 131, agosto 2017;

MELO, Marcus André. Raízes do Brasil político: Os caminhos de um projeto iliberal. Folha de S. Paulo, Ilustríssima, 31/01/2016;

NABUCO, Joaquim. Abolicionismo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/São Paulo: Publifolha, 2000; Grandes Nomes do Pensamento Brasileiro;

SOUZA, Jessé. A ética protestante e a ideologia do atraso brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.13, n.38, out.1998;

_____. A parte de baixo da sociedade brasileira. Revista Interesse Nacional, São Paulo, v. 14, p. 33-41, 2011;

_____, e colaboradores. Os batalhadores brasileiros. Nova classe média ou nova classe trabalhadora? 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG/Humanitas, 2012;

_____. O caminho da inclusão. O Estado de São Paulo, Aliás, 25/10/2014;

SOUZA, Jessé. O partido da sociedade para poucos: Jessé Souza rebate Marcus Melo. Folha de São Paulo, Ilustríssima, 21/02/2016;

_____. A elite do atraso. Da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro, Leya, 2017;

A CRISE DOS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CRISE BRASILEIRA: REFLEXÕES SOBRE CONTROLE INTERNO, JUDICIALIZAÇÃO E COMPLIANCE ESTATAL

Thiago Marrara*

Sumário: Introdução. 1. Controle interno: formas e problemas. 2. A judicialização, sua relação com as deficiências do controle e seus efeitos. 3. Contribuições dos programas de integridade ao aprimoramento do controle.

Introdução

A crise brasileira é também uma crise dos controles da Administração Pública. O cenário de impunidade, de insegurança, de corrupção, de choque entre poderes, de escassez de recursos públicos para investimento em políticas essenciais resulta, em grande medida, de falhas graves no funcionamento dos inúmeros mecanismos jurídicos que a Constituição disponibiliza para se viabilizar o controle das ações e omissões do Estado e de seus agentes.

As falhas são de funcionamento, de operação, de condução dos instrumentos de controle. Não se trata de um problema quantitativo, ou seja, não há que se falar da ausência de normas e de meios de controle, mas sim de dificuldades operacionais. Controles existem e são muitos! Não há necessidade de inventar novas modalidades. As grandes questões são outras: eles realmente funcionam ou apenas se prestam a oferecer à sociedade uma falsa sensação de que o Estado é controlável? Como se deve aprimorar os modelos existentes? O que se deve fazer para evitar sua inoperância? Como controlar os controladores, que, em certos casos, cometem mais ilícitos que os próprios controlados?

No intuito de contribuir com a formulação de algumas respostas a essa longa e complexa discussão, esse breve ensaio traz breves considerações a respeito das dificuldades que marcam o controle interno da Administração Pública atual e os relaciona com o aumento excessivo do controle judicial. Ao final, aborda-se rapidamente o *compliance*, ou melhor, os programas de integridade

* Professor de Direito Administrativo da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente pela USP (FD). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo. Advogado Consultor.

que têm sido estimulados pela legislação de combate à corrupção, entre outras, e, ao fazê-lo, busca-se demonstrar, com breves exemplos, como os avanços obtidos no mercado podem ajudar a aprimorar a qualidade e a efetividade do controle interno na Administração Pública.

1. Controle interno: formas e problemas

A expressão controle interno designa um conjunto de meios de fiscalização, de prevenção, de repressão e de correção de comportamentos irregulares e ilícitos. O controle interno se diferencia do externo pelo posicionamento do controlador e do controlado. Nele, ambos se encontram dentro da mesma entidade, da mesma pessoa jurídica, ou de um mesmo poder. Já no controle externo, o órgão e o ente controlador não estão posicionados na mesma entidade ou no mesmo Poder. Há duas pessoas jurídicas ou, pelo menos, dois poderes: um deles em posição de monitorado e outro em posição de controlador. Exatamente por isso se diz que o controle externo envolve tanto o desenvolvido por um Poder sobre outro, quanto o executado, no âmbito do Poder Executivo, pela Administração Direta em relação à Indireta que lhe esteja vinculada.

Diferentemente do externo, o controle interno, por se desenvolver no âmbito de uma única entidade estatal, independe de previsão explícita em lei. Como tarefa inerente e essencial a qualquer instituição pública, sua criação por ato normativo infralegal basta para lhe conferir validade jurídica. Como esclarece José Cretella Júnior, “no direito público, a atividade autotutelar é incessante. Dela não pode a administração prescindir”.¹ É essa imprescindibilidade do controle interno que o submete a limites menos rígidos de legalidade e torna legítima sua realização a despeito de qualquer previsão legal explícita.

Em sua formatação, o controle interno é plural. Ao se aprofundar a aplicação do critério de posicionamento do órgão de controle até agora discutido, dentro do próprio controle interno, é possível trabalhar a distinção entre o controle interno hierárquico e o autocontrole. Odete Medauar adota essa classificação e

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Da autotutela administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 108, 1972, p. 48.

preleciona que o hierárquico envolve a “verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Na estrutura hierarquizada da Administração Pública, com escalonamento de poderes, o controle exercido pelos superiores configura decorrência lógica”.² No direito alemão, Günter Püttner também menciona o controle pelo “Verwaltungsleiter” como controle hierárquico e destaca que ao superior se impõe somente a responsabilidade pelos atos dos subordinados diretos, encontrando, portanto, limites bem definidos.³

Em contraste, no autocontrole, tem-se a “fiscalização exercida pela própria autoridade que editou o ato, ou responsável pela atividade sobre sua atuação, ocorrendo espontaneamente ou mediante provocação”.⁴ Para tanto, a autoridade dispõe de poder para anular ou revogar seus atos, suprir suas omissões, corrigir irregularidades formais a pedido dos interessados ou mesmo por iniciativa própria.

Não bastasse isso, tem se tornado cada vez mais frequente a estruturação, dentro de cada ente estatal, de órgãos especializados em controle interno e que agem paralelamente aos órgãos executórios. Ao lado do tradicional controle pelo órgão hierarquicamente superior e do autocontrole exercido pelas autoridades sobre seus próprios atos, contratos, processos administrativos e bens, é possível que se realizem atividades de controle prévio, concomitante ou posterior por órgãos criados exclusivamente para monitorar as ações e omissões da entidade.

A existência dessas três modalidades de controle interno não basta, porém, para garantir a legalidade e a efetividade das ações estatais praticadas no âmbito das mais variadas políticas públicas. Não basta criar controle. É preciso que se confira a eles efetividade, que se os coloque em prática, sem o que seus instrumentos e órgãos se transformarão em fonte inútil de custos para o Estado. Ocorre que a operacionalidade dos controles esbarra em inúmeros problemas de ordem extrajurídica e institucional, os quais necessitam ser combatidos e contornados para que se supere a crise

² MEDAUAR, Odete. Controles internos da Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 84/85, 1989/1990, p. 43.

³ PÜTTNER, Günter. *Verwaltungslehre*, 3ª ed. Munique: Beck, 2000, p. 355

⁴ MEDAUAR, Odete. Controles internos da Administração Pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 84/85, 1989/1990, p. 43.

do controle e, por conseguinte, a crise geral que assola a Administração Pública brasileira.

Em apertada síntese, os fatores que dificultam a eficiência do controle podem ser resumidos a:

i Falta de especialização técnica: Controlar pressupõe conhecer uma situação ou objeto e entendê-lo. Sem isso, não se controla ou, na melhor das hipóteses, controla-se muito mal. Caso o agente responsável pelo controle não compreenda tecnicamente o assunto ou matéria sob sua observação, dificilmente terá condições de avaliá-la com precisão para aferir sua regularidade ou irregularidade. Isso revela uma regra geral básica: o controle demanda conhecimentos técnicos. No controle hierárquico e no controle especializado, o cenário se afigura problemático. Neles, raramente os órgãos controladores detêm suficiente expertise para fiscalizar as ações do controlado. Daí a necessidade de se elaborarem soluções para superar a deficiência técnica do controlador. No âmbito do controle especializado, uma boa estratégia consiste em fixar um corpo de controladores selecionados entre agentes públicos com notória especialização nas tarefas e atividades centrais que se desenvolvem dentro da entidade pública. Outra alternativa que se vislumbra é a contratação de corpo técnico especializado por concurso público para ocupação de cargo ou emprego com autonomia plena em relação aos órgãos controlados. No controle hierárquico, entre outras medidas, é extremamente relevante a solicitação de laudos ou pareceres por especialistas externos “ad hoc”.

ii Proximidade entre controlador e controlado: A Administração Pública, seja em suas tarefas executórias, seja nas funções de controle que lhe cabem, sofre forte influência, ora lícita, ora ilícita, de uma série de fatores, incluindo os de ordem política e econômica, assim como as influências pessoais derivadas de sentimentos, relações de amizade, coleguismo, inimizade ou parentesco. Mesmo a administração burocratizada, como alerta Jacques Chevalier, não funciona de modo mecânico, previsível e

coerente.⁵ Reconhecer que, a despeito do princípio constitucional da legalidade e da impessoalidade, o ambiente administrativo jamais foi ou será neutro representa o primeiro passo para se entender a importância do isolamento, da autonomia ou do distanciamento entre controlador em relação ao controlado e seus poderes. Nas situações em que a proximidade entre controlador é muito alta, como costuma ocorrer no controle interno hierárquico dentro de um mesmo órgão público (intraorgânico), as pressões desfavoráveis à ação efetiva do controlador aumentam de maneira diretamente proporcional. Essas pressões derivam de eventuais articulações políticas manejadas contra o controlador, de seu medo frente a retaliações presentes ou futuras, de ameaças expressas e, não é de se descartar a hipótese, de reais danos físicos, morais ou profissionais. Note-se, todavia, que a tendência à melhoria do controle pelo aumento do distanciamento e da imunidade do controlador sobre o controlado não é infinita. O distanciamento excessivo também ocasiona efeitos negativos e complicadores do controle efetivo. O primeiro efeito consiste na maior dificuldade de se conhecer com exatidão e profundidade a realidade controlada, dada a baixa proximidade entre ela e o controlador-espectador. O distanciamento, nesse aspecto, facilita distorções da realidade controlada e, por isso, exige que os processos administrativos instrumentais do controle sejam muito bem instruídos, de sorte a evitar julgamentos distorcidos e incompatíveis com os fatos. O segundo efeito negativo se

⁵ Nas palavras do autor francês, “l’administration, même bureaucratisée, ne fonctionne jamais de manière aussi rigoureuse, ‘machinique’, avec cette parfaite cohérence et prévisibilité des comportements; il faut tenir compte des facteurs personnels qui déterminent le comportement des agents, des hiérarchies parallèles et des stratifications qui influent sur la structure du pouvoir, des stratégies des acteurs et des arrangements en marge du système des rôles officiel. L’administration est un *systeme complexe*, dont l’organisation formelle n’épuise pas les potentialités”. CHEVALIER, Jacques. *Science administrative*, 4a ed. Paris: PUF, 2007, p. 348. Em outro trecho, aduz o autor: “Les organisations, les entreprises, les administrations ne fonctionnent jamais, contrairement à certaines illusions webériennes ou tayloriennes, sur un mode purement ‘rationnel’, conformément à des règles impersonnelles et objectives. Toutes organisation est formée d’individus ayant leurs besoins et leurs motivations spécifiques, et dont les comportements ne peuvent être enfermés une fois pour toutes dans un cadre normative pré-établi”, p. 359.

relaciona aos custos do controle. Quanto maior a instrução processual, maior o tempo e os esforços relacionados com a atividade de controle, fatores que elevam seus custos finais para a Administração Pública. Para se solucionar os problemas da proximidade entre controlador e controlado, há que se pensar em técnicas de combinação entre autocontrole e controle hierárquico, bem como em mecanismos de oxigenação do controle interno pela participação de agentes externos.

iii Corporativismo e clientelismo: o corporativismo pode ser simplificadaamente definido como um movimento de autoproteção dos interesses de classes profissionais que também sucede dentro da Administração Pública e, em estágio mais avançado, busca a imunização recíproca de grupos de agentes públicos contra fatores desestabilizadores externos e a manutenção de privilégios e benefícios, inclusive pelo sufocamento de instrumentos de controle interno capazes de afetá-los. Como nem todas as entidades estatais dispõem de corpos neutros e especializados de controladores, é comum que as tarefas de controle interno se desenvolvam exclusivamente por meio de mecanismos de autocontrole e de controle hierárquico. O perigo que aí reside deriva do fato de que o controle interno hierárquico se mostra extremamente suscetível ao corporativismo nas entidades em que a composição profissional dos órgãos decisórios se destaca pela baixa heterogeneidade, sendo dominada por um grupo específico de profissionais. Em ambientes assim, torna-se praticamente impossível o controle hierárquico efetivo das falhas ou ilegalidades cometidas por membros do grupo dominante. Já nas hipóteses em que as decisões de controle hierárquico contra falhas ou ilegalidades cometidas pelo membro do grupo dominante não geram efeitos nocivos reflexos para o coletivo, mas somente efeitos individuais contra aquele que agiu irregularmente, entra em jogo o clientelismo, ou seja, um sistema de troca de favores entre seus membros, baseado em um pacto de proteção recíproca ou de imunização contra qualquer elemento de ataque externo. No *clientelismo*, os controladores, sobretudo os

que dependem de eleição pelos pares, trocam seu apoio a situações irregulares ou ilícitas por votos e apoio político. Exatamente pelos efeitos nocivos que isso gera, tem-se paulatinamente valorizado a criação do chamado controle interno especializado, por órgão separado, autônomo e distanciado dos órgãos executórios. Esse modelo reforça de modo sensível os ataques externos necessários para quebrar o sistema de autoproteção ou de imunização recíproca.

iv Impunidade ou insuficiência punitiva: A impunidade reinante na Administração Pública brasileira e as insuficiências punitivas por deformações institucionais e procedimentais ou falhas de gestão configuram outro inimigo do controle interno. A impunidade e as insuficiências punitivas a que se faz menção são fáticas, reais, ocorrentes no mundo do ser, no cotidiano da Administração Pública. Não se trata de um problema derivado da insuficiência de mecanismos jurídicos de controle, mas sim da falta de vontade e de condições políticas para se aplicá-los com efetividade. Além disso, elas decorrem de inúmeras dificuldades procedimentais que maculam a legalidade dos mecanismos de controle. Nesse particular, é preciso reordenar normas condutoras dos processos administrativos precedentes das ações de controle no intuito de torná-los: i) compreensíveis aos diferentes tipos de autoridade que o conduzem, sobretudo as “ad hoc”; ii) passíveis de fácil e rápida interpretação, em favor da previsibilidade e da segurança jurídica; iii) garantidores dos direitos processuais fundamentais do acusado e iv) marcados por um grau adequado de celeridade.

v Custos elevados: o direito não é movido sem custos! As normas não saltam do texto legal e transformam-se em realidade sem intervenções naturais. Normas dependem de pessoas, de sua vontade, de sua interpretação, de seu desejo de aplica-las como se deve, de energia, de comportamentos. Tudo isso gera custos, gastos, despesas das mais variadas espécies. E se regressarmos ainda mais no processo jurídico, chegar-se-á a conclusão de que a

própria existência das normas custa. A gênese normativa não ocorre gratuitamente, sem dor, sem tensões e conflitos – sem custos, portanto. O exame do controle interno jamais escaparia a essa regra. Não há dúvida de que ele gera custos de muitas espécies, dentre os quais merecem destaque os financeiros, os humanos e os profissionais. No controle interno especializado, a situação se torna mais complexa, pois além dos custos derivados das medidas corretivas em si, soma-se o custo da organização desses órgãos, da seleção e investidura de agentes públicos voltados unicamente para tais funções. Esse é um dos motivos a explicar por que nem sempre o controle especializado se mostra tão corriqueiro nas entidades públicas. Seus impactos financeiros mostram-se altos e nem sempre compensam os benefícios por ele gerados em termos de efetividade do controle interno. Fora isso, todo controle traz consigo custos humanos, ou melhor, desvantagens, prejuízos, represálias, ameaças ao controlador, sem falar no trabalho adicional a ele gerado em muitas ocasiões. Por esses e outros fatores, para se vencer os inimigos do controle interno é imprescindível superar as dificuldades financeiras e orçamentárias de cada entidade estatal, além de lutar contra restrições culturais a investimento fundamentais em atividades de controle efetivo. Mais que isso: a derrota desses inimigos depende da redução, ao máximo possível, dos custos pessoais do controlador, daí a necessidade de se lhe garantir tanto certa blindagem, quanto maior independência contra retaliações injustas em termos profissionais.

2. A judicialização, sua relação com as deficiências do controle e seus efeitos

A crise do controle não permeia apenas as modalidades de autocontrole, controle interno hierárquico e controle interno especializado. Também o controle externo tem passado por provações e dificuldades que, em última instância, tem colocado em cheque sua legitimidade e aceitação popular.

Apesar dessa crise de reputação e legitimidade, o controle judicial tem sido intensivamente ativado por uma série de razões. A

primeira e mais natural delas é a insatisfação do destinatário quanto ao conteúdo ou à forma da decisão administrativa. Mas não é só isso. Em grande medida, a insatisfação dos destinatários das decisões estatais poderia ser curada internamente, daí ser possível afirmar que a própria falência dos mecanismos próprios de controle estão na raiz do problema.

É nesse contexto marcado, entre outras coisas, pela inoperância e pela baixa efetividade de muitos mecanismos de controle interno que desponta o fenômeno da judicialização, que, em pouquíssimas palavras, expressa o deslocamento da resolução de conflitos para órgãos judiciais. A judicialização envolvendo assuntos relativos à Administração Pública é frequentemente tomada como o questionamento de decisões administrativas pelos cidadãos. Na realidade, porém, esse é apenas um dos padrões possíveis de judicialização. Além dele, existem outros dois, a saber: i) a judicialização de conflitos administrativos ocasionada pelo próprio Estado; e ii) a judicialização de conflitos administrativos provocada por terceiros, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas afetadas pela decisão administrativa, ainda que não figurem, nela, como destinatários diretos.

Independentemente de suas causas e de suas diversas formulações, em grande medida, a judicialização não deixa de ser uma das inúmeras manifestações da crise do Estado brasileiro que, por sua vez, acaba por acarretar uma série de efeitos nocivos ao funcionamento do próprio Estado. Dentre esses efeitos, é preciso destacar:

- *A elitização da tutela de direitos e interesses*: como o acesso à justiça custa, um dos grandes efeitos nocivos da judicialização consiste na elitização da tutela de direitos e interesses. Somente aqueles que dispõem de recursos financeiros e técnicos para debater as decisões estatais é que chegarão ao judiciário e lograrão tentar a reversão da decisão administrativa que os incomoda. Em última instância, o fenômeno acaba criando um sistema assimétrico, em que uns cidadãos são mais protegidos que outros diante das ações e omissões estatais. Dada sua gratuidade, o sistema de controle interno seria muito mais efetivo que a judicialização. Na prática, porém, sua

inoperância leva aqueles que financeiramente podem a fugir para o Judiciário.

- *O retrabalho estatal*: outro problema da judicialização para o Estado consiste no chamado retrabalho, ou seja, a multiplicação de tarefas estatais para se chegar a uma finalidade. Ao levarem ao judiciário um conflito, o Estado ou a sociedade exigem a reanálise de uma decisão administrativa, o que, por sua vez, leva a movimentação de novos agentes públicos e enseja a elevação de custos de funcionamento do aparelho estatal. Se a decisão fosse devidamente construída ou, diferentemente, se o controle interno fosse capaz de agir de modo preventivo ou repressivo quando necessário, não haveria retrabalho e, portanto, tais custos financeiros e temporais seriam evitados.
- *A perda do grau de tecnicidade da solução*: além dos custos gerados ao Estado, a judicialização muitas vezes representa uma perda expressiva do grau de tecnicidade da decisão administrativa. Por mandamento constitucional, que consagra o concurso público como processo seletivo de pessoal geral, supõe-se que o agente público seja especialista nos assuntos que decide dentro da Administração Pública. O judiciário, diferentemente, apesar de especializações internas conforme a matéria, não trabalha segundo o mesmo grau de divisão de trabalho e, além disso, não detém expertise na formulação de decisões públicas a partir da compatibilização de interesses. Por essa razão, seus agentes são muito mais generalistas e menos experientes que o agente público pertencente ao Executivo e especializado em certa política pública. Nesse sentido, o risco de que decisões judiciais sobre aspectos do funcionamento da administração pública, por exemplo, gerem impactos nocivos a terceiros ou se mostrem indevidas no médio e longo prazo tende a ser maior que o existente nas decisões tomadas corretamente pela própria Administração.

- *A paralisação de políticas públicas:* além de gerar a substituição de uma decisão mais técnica, muitas vezes, a intervenção judicial pode acarretar a paralisação de políticas públicas, sua distorção ou o comprometimento dos meios e recursos financeiros necessários para se executá-la com a eficiência necessária. No intuito de se resolver um conflito, o Judiciário pode acabar por desestruturar uma política pública, ainda que de modo não intencional. Com isso, inviabilizará direitos de terceiros, muitos dos quais sequer disporão dos meios financeiros mínimos necessários para tutelar seus interesses.
- *A prevalência da justiça microscópica:* enfim, no tocante a ações judiciais relativas a políticas públicas que beneficiam os cidadãos de modo coletivo ou difuso, a judicialização individualizada e promovida por um ou outro indivíduo muitas vezes substitui a macrojustiça pela microjustiça. Em outras palavras, o juiz, ao decidir um caso concreto à luz dos direitos e interesses de um único cidadão, possibilita eventualmente a satisfação do requerente, mas, reflexamente, pode desestruturar uma política pública construída para atender, de modo minimamente equânime, os cidadãos em geral.

3. Contribuições dos programas de integridade ao aprimoramento do controle

As deficiências do controle interno da Administração Pública é indubitavelmente um dos grandes fatores à crise do Estado brasileiro e, entre outros efeitos nocivos, contribuem para a excessiva judicialização e para as várias consequências nefastas que esse fenômeno ocasiona ao próprio Estado. É por esse motivo que o combate aos inimigos do controle interno, ou melhor, às suas deficiências estruturais e operacionais se mostra essencial para a superação de uma crise maior de funcionamento e de legitimidade da Administração brasileira.

Além de se debater as inúmeras soluções pontuais aos problemas que dificultam a efetividade do controle, parece oportuno, hoje, lançar os olhos sobre os programas de integridade e refletir como eles podem contribuir para a reestruturação e o

aprimoramento das tradicionais formas de controle que existem na Administração Pública.

Com efeito, a Lei n. 12.846/2013 foi a principal responsável pela valorização do debate acerca de programas de integridade (ou *compliance*) no Brasil. E isso se deve ao ser art. 7º, inciso VIII, de acordo com o qual “serão levados em consideração na aplicação das sanções... a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Esse dispositivo, como se observa, menciona exclusivamente os programas de integridade para agentes de mercado e não detalha seus requisitos. Em poucas palavras, porém, programas de integridades nada mais são que políticas institucionais destinadas a monitorar a compatibilidade das ações e omissões de uma certa entidade e seus agentes com o ordenamento jurídico e as políticas internas. Sua utilidade consiste em evitar a ocorrência de infrações e, por conseguinte, impedir a responsabilização da entidade por ilícitos e todas as consequências nocivas que daí derivam. Em última instância, os programas nada mais são que uma forma de controle interno das entidades particulares. Exatamente por isso, há elementos básicos reconhecidos pelos especialistas para a implementação bem-sucedida de programas do gênero que podem ser também úteis para a melhoria dos controles internos do Estado. Vejamos apenas quatro deles.

O primeiro desses elementos se expressa no *comprometimento da alta administração*. Desse elemento se extrai, como condição para o sucesso de instrumentos de controle, a necessidade de se superar o modelo de legalidade dúplice, diferenciada ou assimétrica que perdura na Administração Pública brasileira, pela qual o ordenamento externo e a ordem interna da entidade valem em sua inteireza somente para os agentes de menor escalão, enquanto os agentes de maior hierarquia são submetidos a um sistema normativo privilegiado, diferenciado, marcado pela menor efetividade e maior brandura. Sem que a alta administração se envolva e também se proponha a observar as normas internas com, no mínimo, o mesmo comprometimento dos servidores de menor escalão, certamente o programa não decolará, nem sequer obterá apoio necessário, inclusive financeiro. Ademais, a falta de compromisso das lideranças ocasionará a perda de sua legitimidade

entre os demais agentes públicos.

O segundo requisito necessário é a criação de um *órgão de integridade*, que atue de maneira neutra e autônoma em relação ao resto da entidade e disponha dos recursos necessários para materializar o programa. No âmbito da Administração Pública, isso poderia ser viabilizado pela transformação de comissões de ética em comissões de integridade, responsáveis pela promoção da cultura ética dentro da entidade pública, pela definição das prioridades e metas do programa, pelo seu monitoramento, pela elaboração de medidas de coordenação e cooperação interna e por sua avaliação. Referidas comissões também deveriam ser responsáveis pelo estabelecimento de políticas disciplinares e, ainda, pela preparação das comissões responsáveis por sua execução.

O terceiro requisito que pode ser extraído da experiência privada consiste na *elaboração das normativas*, bem como na revisão de normas disciplinares dentro da entidade pública no intuito de se compatibilizá-las com a política de integridade e ética institucional. Não basta, contudo, criar referidas normativas. É preciso ainda divulgá-las intensamente e revisá-las de tempos em tempos. A comissão de integridade pública teria, portanto, o papel de atualizar códigos de ética e também as normas disciplinares e guias comportamentais da entidade.

Enfim, em quarto lugar, alinhando-se ao que ocorre no âmbito dos programas privados de integridade, seria essencial ao órgão público responsável pela política de integridade elaborar *instrumentos de capacitação e de fomento* ao cumprimento das normas de integridade dentro da entidade estatal. Os instrumentos de capacitação, especificamente, devem ser direcionados não apenas aos agentes públicos, mas também aos usuários de serviços e a terceiros que lidam diretamente com a entidade pública. A seu turno, os programas internos de fomento ou estímulo de respeito ao controle poderão se basear em sanções premiais de diversos tipos, bem como no reconhecimento constante da observância da política de integridade pelos agentes públicos.

Esses quatro exemplos simples mostram que as ciências do direito administrativo e do direito público, no contexto de intensa e gravosa crise do Estado brasileiro, têm muito a ganhar com as reflexões e os conhecimentos gerados no mercado por ocasião do fortalecimento das políticas de combate à corrupção e da

estruturação dos chamados programas de integridade. Em muitos aspectos, os avanços atingidos por esses programas podem ser transportados para a Administração Pública para suprir as deficiências e superar as dificuldades dos clássicos mecanismos de controle interno, que, como se sustentou ao início, constituem fatores determinantes do problemático cenário em que se encontra a nação.

ESTADO DE CALAMIDADE FINANCEIRA E RESPONSABILIDADE FISCAL

Juliano Quireza Pereira*

Sumário: Introdução. 1. Estado de calamidade financeira e responsabilidade fiscal. Conclusão. Referências.

Resumo: Nos últimos tempos o Brasil vem passando por uma grave crise financeira e orçamentária que assola todos os entes políticos, afetando sobremaneira a União, Estados e Municípios. Alguns Estados da federação e muitos Municípios já decretaram Estado de Calamidade Financeira para deixarem de pagar suas contas e honrar seus compromissos financeiros, comprometendo a qualidade da prestação dos serviços públicos básicos, como da Saúde Pública. Tal situação se dá em grande parte pelo descontrole das contas públicas, falta de equilíbrio fiscal e orçamentário, desdenho em relação ao dinheiro público e à coisa pública, malversação, falta de planejamento orçamentário e fiscal, desvios de verbas públicas, má gestão dos recursos públicos, enfim, falta de cumprimento e respeito à responsabilidade fiscal e falta de efetiva fiscalização e controle orçamentário e fiscal. Ademais, a Administração Pública é pautada pelos Princípios Constitucionais da Legalidade Orçamentária, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência no trato dos gastos e despesas públicas, além dos princípios orçamentários da unidade, do caixa único ou da unidade de tesouraria, da proibição do estorno de verbas, da proibição de realização de despesas públicas sem prévia autorização legislativa, da vedação de realização de operações de crédito sem prévia autorização legal, do controle da dívida pública pelo legislativo, sobretudo pelo Senado Federal, e da Programação Financeira, dentre outros. A administração pública deve estrita obediência a esses princípios e à responsabilidade fiscal.

Palavras-Chave: Estado de calamidade financeira. Responsabilidade fiscal. Orçamento. Equilíbrio orçamentário. Legalidade orçamentária. Impessoalidade. Moralidade. Eficiência. Publicidade. Saúde Pública.

Introdução

O presente artigo objetiva fazer um alerta em relação aos graves problemas financeiros decorrentes do descontrole das contas públicas e da falta de equilíbrio orçamentário e fiscal, ocasionado pela má gestão dos recursos públicos, pela insensatez de muitos Administradores Públicos, que gastam desenfreadamente, sem critério e sem prestigiar o interesse coletivo, constantemente ferindo a Legalidade Orçamentária e a Responsabilidade Fiscal, muitas vezes recorrendo a expedientes como decretos de

* Mestre em Direito Tributário e professor substituto na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Unesp, campus de Franca.

calamidade financeira para deixar de honrar compromissos financeiros assumidos, sobretudo com relação a folha de pagamento de pessoal, de fornecedores e prestadores de serviços, empreiteiros e construtores, enfim, não honrando seus compromissos financeiros assumidos com seus colaboradores, muitas vezes ferindo de morte os princípios básicos da Administração Pública previstos na Constituição Federal de 1988, sobretudo da Legalidade Orçamentária (art. 167 da CF/88), fazendo uma análise jurídica, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, salientando a necessidade de sua observância para o Equilíbrio Orçamentário e das Contas Públicas e, conseqüentemente, para o bom funcionamento da Administração Pública de um modo geral, tanto federal, como estadual, distrital e municipal, para a boa prestação dos serviços públicos essenciais e básicos, garantindo sobretudo a prestação da Saúde Pública como prioridade da população.

Em face da complexidade e importância do tema proposto, necessário se fez o confronto ou comparação entre os princípios e normas do Direito Constitucional Orçamentário com a *praxis*, sobretudo cotejando com os problemas enfrentados no âmbito do Equilíbrio Orçamentário e Fiscal.

Preliminarmente, urge destacar que, segundo a Constituição Federal de 1988, a Administração Pública no Brasil, tanto Direta ou Centralizada, como Indireta ou Descentralizada, é pautada pelos Princípios Constitucionais da Legalidade Orçamentária, do Equilíbrio Fiscal e Orçamentário, da Unidade Orçamentária, do Sistema de Caixa Único ou da Unidade de Tesouraria, da Proibição do Estorno de Verbas, da Proibição de realização de despesas públicas sem prévia autorização legislativa, da vedação de realização de operações de crédito pela administração pública sem prévia autorização legislativa, do controle da dívida pública pelo Poder Legislativo, sobretudo pelo Senado Federal, da programação financeira e orçamentária, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, sob o enfoque da questão orçamentária e fiscal, dentre outros princípios. Assim, no Brasil, todos os órgãos, agentes e entidades da administração pública, tanto direta ou centralizada, como indireta ou descentralizada, devem estrita obediência a esses cinco princípios constitucionais da Administração Pública, nos termos do artigo 37, *caput*, 70 a 75,

165 a 167, todos da Constituição Federal de 1988, inclusive os entes paraestatais, como as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista e os concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os particulares em colaboração com o Estado. Tal imperativo é peculiaridade da organização estatal brasileira, sobre o qual dispõe o Sistema Normativo, através da Carta de 1988 e de leis infraconstitucionais, que vinculam todos os entes da administração pública direta e indireta a esses princípios constitucionais orçamentários da administração pública. Ademias, todos os entes da administração pública, tanto Direta ou Centralizada, como Indireta ou Descentralizada, como União, Estados-Membros, DF, Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, assim como os concessionários de serviços públicos e os particulares em colaboração com o Estado, também devem subserviência ao Princípio da Legalidade Orçamentária e Fiscal, ao Princípio do Equilíbrio Orçamentário e Fiscal e à Responsabilidade Fiscal de seus gestores públicos, tudo de conformidade com a Constituição Federal de 1988 e com a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101, de 2000) e a Lei nº 4.320/64 (sobre normas gerais de direito financeiro).

1. Estado de calamidade financeira e responsabilidade fiscal

É sabido que, atualmente, o Brasil está passando por uma das mais severas crises financeiras, econômicas e políticas de sua história. A causa mais próxima de aludida crise é a falta de equilíbrio e controle fiscal e orçamentário por parte dos entes políticos da federação, ou seja, pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, atingindo todos os poderes, sobretudo o Executivo.

Nos últimos tempos no Brasil, gastou-se muito mal, sem critério e controle. Os administradores públicos, como os Prefeitos, Governadores, Presidentes da República, Agentes Políticos, Chefes de Poder, Ministros de Estado, Secretários de Estados e de Municípios, Presidentes e Diretores de Autarquias, de Fundações Públicas, de Empresas Públicas e de Sociedades de Economia Mista, de um modo geral, não souberam gerir as contas públicas de suas respectivas entidades da administração pública direta e indireta, realizando gastos e despesas públicas muitas vezes

desnecessárias, inúteis, sem controle e sem programação orçamentária, ruindo o caixa da administração pública, por falta de equilíbrio e controle de referidas contas públicas. De um modo geral, não se cumpriu a Constituição Federal de 1988 e nem as Leis de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a Lei sobre Normas Gerais de Direito Financeiro (nº 4320/64).

Para tanto, foram realizados gastos supérfluos e desnecessários, como estádios de futebol para a Copa do Mundo de 2014 no Brasil e ginásios desportivos para as Olimpíadas realizadas em 2016, também no Brasil, gastos esses muitas vezes sem controle e critério, superfaturados e sem prévio procedimento de licitação pública, com malversação do dinheiro público. A situação financeira, política, social e econômica do país se agravou com a crise política e de credibilidade, gerando um certo caos no mercado por conta das incertezas políticas e econômicas que assolam o país de Norte a Sul, de Leste a Oeste, não escolhendo raça, credo, cor, sexo, profissão, nem estado civil. Por outro lado, deixou-se a saúde pública em cacos, faltando leitos e profissionais da saúde, como médicos e enfermeiros, bem como faltando materiais básicos de hospital e de casa de saúde.

Assim, para contornar a situação caótica dos serviços públicos, o estudo dos princípios constitucionais orçamentários e da administração pública na Constituição Federal de 1988 se revela de importância ímpar para a compreensão do orçamento e da responsabilidade fiscal, eis que consiste em via plenamente apta à implantação e promoção de um Orçamento Fiscal Constitucional para todos os entes da administração pública, em todos os Poderes constituídos, adequando-os à nova realidade constitucional e legal dos primados da legalidade orçamentária, do equilíbrio orçamentário e fiscal, da fiscalização e do controle das contas e dos gastos públicos, da impessoalidade e da moralidade na Administração Pública, da eficiência e da publicidade orçamentária e fiscal na Administração Pública de modo geral, bem como o respeito ao primado da razoabilidade ou proporcionalidade, da finalidade, da motivação, da modicidade, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, como princípios implícitos e decorrentes do sistema adotados pela Constituição Federal de 1988, estes últimos serão abordados em uma outra oportunidade, aplicando-se todos aos entes e entidades da administração pública tanto direta ou

centralizada, como indireta ou descentralizada, moralizando cada vez mais o serviço público no Brasil.

Tamanha a importância dos Princípios Constitucionais Orçamentários na Administração Pública, que, ainda hoje e infelizmente, muitas autoridades e agentes públicos fazem vistas grossas a esses postulados fundamentais, conforme nos tem noticiado a imprensa e a mídia nacional, ou seja, atos de desvio de poder ou finalidade, ilegalidades e inconstitucionalidades, malversação do dinheiro público, obras superfaturadas e outros abusos praticados por autoridades e agentes públicos, para não falar em crimes contra a administração pública, capitulados nas letras da parte especial do Código Penal e da legislação penal extravagante e especial, como a corrupção passiva e ativa, peculato, organização criminosa, lavagem e ocultação de capitais, improbidade administrativa, irresponsabilidade fiscal, abuso de poder e de autoridade, apropriação indébita, enfim, uma série de crimes e de atos ilícitos.

Parte daí a complexidade e importância do tema proposto, abrangendo questões relacionadas à abrangência e amplitude dos Princípios Constitucionais da Legalidade Orçamentária e Fiscal, do Equilíbrio Orçamentário e Fiscal, da Responsabilidade Fiscal, da Prévia autorização legislativa para realização de despesas públicas e operações de crédito, da unidade e uniformidade orçamentária, da unidade de caixa ou da unidade de tesouraria, do controle da dívida pública pelo legislativo, sobretudo pelo Senado Federal, da proibição do estorno de verbas, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, em toda a administração pública, tanto direta ou centralizada, como indireta ou descentralizada.

A importância do tema se prende às mazelas financeiras pelas quais o país está passando, com a falta de recursos públicos para a sociedade e contraditoriamente pela má gestão dos recursos financeiros por parte dos agentes públicos, que gastam desordenadamente para fins muitas vezes escusos, faltando recursos para os serviços públicos essenciais para a população, como para a saúde pública, que sofre com a falta de leitos em hospitais públicos e a falta de medicamentos e equipamentos de saúde, problemas que, sob o aspecto jurídico, desaguam no Direito Financeiro, Constitucional e Administrativo e na análise legal, doutrinária e jurisprudencial, suscitando as seguintes questões problemáticas:

Quais são os princípios constitucionais orçamentários e fiscais no Brasil? No que consiste o Princípio da Legalidade Orçamentária e Fiscal? O que é Equilíbrio Orçamentário e Fiscal? No que consiste a Impessoalidade na administração pública? Qual é o conceito de Moralidade Administrativa? Qual é a amplitude e a extensão do Princípio Constitucional da Legalidade Orçamentária e Fiscal e da Publicidade Orçamentária? Qual é o conceito do Princípio da Eficiência na Administração Pública? Quais são os demais princípios constitucionais orçamentários? Como se dá o controle da dívida pública? No que consiste a unidade de caixa ou unidade de tesouraria? Em face da natureza federativa do Estado brasileiro, precipuamente consubstanciada na Constituição Federal de 1988, ela possui natureza jurídica ampla ou restritiva para a aplicabilidade dos Princípios Constitucionais Orçamentários? O arcabouço dogmático-jurídico do Sistema Normativo, produzido a partir da Constituição de 1988, é suficiente e completamente apto a garantir a eficácia da aplicabilidade dos Princípios Constitucionais Orçamentários? São questões que pululam, saltando aos olhos do operador do direito e do administrador público, pairando sobre o sistema jurídico e constitucional vigente no país e que ainda não foram completamente respondidas e solucionadas pelos órgãos, entidades e agentes da Administração Pública de modo geral. A própria Constituição Federal de 1988, em alguns de seus dispositivos versa sobre o controle e a fiscalização do orçamento e das contas públicas, tanto interno como externo, com a previsão dos princípios constitucionais orçamentários e administrativos da legalidade orçamentária, da unidade orçamentária, da universalidade orçamentária, da anualidade orçamentária, da proibição do estorno de verbas, da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, explícitos, bem como outros princípios implícitos, como o da razoabilidade ou proporcionalidade, da finalidade, da motivação ou fundamentação, além de leis e normas infraconstitucionais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), a lei sobre normas gerais de direito financeiro (Lei nº 4.320/64) e a própria Constituição Federal de 1988, sobretudo o seu art. 167, possibilitando a plena e ampla atuação dos órgãos de controle e de fiscalização das contas e despesas públicas, da constitucionalidade, legitimidade e legalidade dos atos da administração pública, tanto direta ou centralizada, como indireta ou descentralizada, nas unidades federadas, através de organização

de natureza fiscalizadora e analítica, consubstanciada, exemplificativamente, pelas atribuições da Advocacia Geral da União – AGU, da Procuradoria Geral da República e do Ministério Público da União, da CGU – Controladoria Geral da União e do TCU – Tribunal de Contas da União, sobretudo com base nos arts. 70 a 75 da C/88, face à enorme quantidade de casos concretos de malversação do dinheiro público, de abuso de poder, de desvio de poder e de finalidade, de atos e condutas ilegais e inconstitucionais, inclusive da prática de crimes contra a administração pública.

É imperioso ressaltar para o Poder Público e para a sociedade a importância e força dos Princípios Constitucionais Orçamentários e da Administração Pública, de forma ampla e universal, de acordo com a Constituição Federal de 1988, sobretudo o seu artigo 37, *caput* e incisos e demais artigos 38, 39, 40 e 41, 165, 166 e 167, bem como através dos instrumentos constitucionais de controle e fiscalização financeira e orçamentária, previstos sobretudo nos arts. 70 a 75 da CF/88, balizando a atuação correta dos entes políticos da administração pública direta, ou seja, da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, todos autônomos nos termos da CF/88, bem como de seus entes descentralizados da administração pública indireta, como as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista, os Concessionários e Permissionários de serviços públicos e os particulares em colaboração com o Estado, conforme o sistema vertical de hierarquia da Administração Pública, promovendo políticas públicas e sociais voltadas para o desenvolvimento tanto nacional como regional e local, para a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo a cidadania e o respeito aos direitos fundamentais e sociais. Para atingir tal desiderato é imprescindível a plena observância e aplicabilidade dos Princípios Constitucionais Orçamentários e da Administração Pública, tal como estão postos no texto constitucional, sob pena de flagrante ofensa ao Princípio da Proibição do Retrocesso dos Direitos Fundamentais e Sociais, além de ofender os próprios princípios constitucionais Orçamentários e da Administração Pública. Para tanto, no plano federal, a União conta com órgãos e entidades aptos do ponto de vista técnico e jurídico, prestando-lhe imediata consultoria, assessoramento e fiscalização acerca da atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, por intermédio da Advocacia Geral da União - AGU, do Tribunal de

Contas da União - TCU, da Controladoria Geral da União - CGU, da Procuradoria da Fazenda Nacional – PFN, da Procuradoria Geral da República - PGR e do Ministério Público da União - MPU.

Assim, para a compreensão do fenômeno jurídico do Orçamento Público e da Administração Pública é de suma importância o aprofundamento do estudo dos princípios constitucionais Orçamentários e da Administração Pública.

Apesar das restrições e óbices vivenciados no dia a dia para a plena atuação e aplicabilidade dos sistemas de controle interno e externo da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das Autarquias, das Fundações Públicas, das Empresas Públicas, das Sociedades de Economia Mista, dos Concessionários e Permissionários de Serviços Públicos, bem como dos particulares em colaboração com o Estado, por intermédio dos princípios constitucionais da legalidade orçamentária, do equilíbrio fiscal e orçamentário, da unidade orçamentária, da universalidade orçamentária, da anualidade orçamentária, da proibição do estorno de verbas, do controle da dívida pública pelo Senado Federal, da vedação de realização de despesas públicas e operações de crédito sem prévia autorização legislativa, da unidade de caixa ou unidade de tesouraria, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, bem como através dos princípios administrativos implícitos, como a razoabilidade ou proporcionalidade, a motivação ou fundamentação, a finalidade, a economicidade, a supremacia do interesse público sobre o particular, a indisponibilidade do interesse público, a eticidade, dentre outros, é de suma importância resgatar esses valores e princípios elementares para a boa prática da administração pública, no sentido de torná-la mais eficiente, transparente, imparcial, universal, mais ampla, constitucional, legal, moral e politicamente correta, almejando o bem comum e da sociedade, velando pelo patrimônio público e do bem estar da população, combatendo com rigor a atuação ineficiente e abusiva que porventura ocorra em qualquer que seja o ente governamental, propondo uma maior aproximação entre os entes federativos, de forma integrada.

O Princípio da Legalidade, talvez o mais importante de todos, consolidou-se com o advento da Revolução Francesa de 1789. O seu fundamento é o Estado Democrático de Direito que, basicamente, surgiu com a Revolução Francesa de 1789, com a

insurgência da classe burguesa contra os desmandos e abusos do Rei, que espoliava a todos. Porém, historicamente, o princípio da legalidade genérica surgiu em 1215, na Inglaterra, com a *Magna Carta Libertatum*, do Rei João Sem Terra, que viu o seu trono ameaçado, face aos desmandos e abusos praticados pelo mesmo, sobretudo na cobrança excessiva de tributos dos seus súditos, que exigiram limites legais e previsíveis na exação fiscal, para que a tributação fosse razoável e previsível, no que foram exitosos.

Sem sombra de dúvidas, o Princípio da Legalidade é um dos mais antigos princípios da Ciência do Direito, talvez o seu alicerce.

Com o passar dos tempos, o Princípio da Legalidade desdobrou-se, no âmbito da Administração Pública, para a Estrita Legalidade, ou seja, o administrador público, no âmbito da Administração Pública, só pode agir ou fazer algo, se a lei autorizar ou permitir, nos seus exatos termos, conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Recordando e para diferenciar, a legalidade genérica, nos termos do art. 5º, inciso II, da mesma Constituição Federal de 1988, é o princípio constitucional segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão por força de lei”. A lei no caso é o ato formal emanado do Poder Legislativo competente.

Sendo o Princípio da Legalidade Administrativa aquele que obriga os agentes públicos e políticos a agirem nos estritos termos da lei e da Constituição Federal, decorre do mesmo o chamado Princípio da Legalidade Orçamentária, segundo o qual todas as receitas e todas as despesas obrigatoriamente devem estar contempladas na Lei Orçamentária Anual, sob pena de flagrante ofensa sobretudo ao art. 167 da Constituição Federal de 1988 e à Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000). O administrador público que realiza despesas públicas sem prévia autorização legislativa ofende de maneira gravíssima o Princípio Constitucional da Legalidade Orçamentária, além de muitas vezes ofender de maneira inequívoca e contumaz os princípios administrativos e constitucionais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, pois a Legalidade Orçamentária é um mandamento constitucional e legal.

A questão orçamentária e financeira na administração pública foi instituída pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e também disciplinada pela antiga, porém, ainda em vigor,

Lei nº 4.320/64 (Lei sobre normas gerais de direito financeiro), tendo como princípios orçamentários basilares o da Legalidade Orçamentária, da Unidade Orçamentária, da Universalidade Orçamentária, do sistema de caixa único ou da unidade de tesouraria, da Proibição do Estorno de Verbas, da Anualidade Orçamentária, da Publicidade Orçamentária e Fiscal, do controle da dívida pública pelo Senado Federal, da proibição de realização de despesas públicas e operações de crédito sem prévia autorização legal, do equilíbrio orçamentário e fiscal, além dos demais princípios constitucionais e do Direito Administrativo. Por exemplo, as verbas públicas destinadas ao SUS – Sistema Único de Saúde, obrigatoriamente devem estar previstas na LOA – Lei Orçamentária Anual, de modo a viabilizar para toda a sociedade o acesso às ações e serviços de saúde pública, com base nos princípios da integralidade, da resolutividade, da gratuidade e da equidade, segundo Gilberto Natalini.

Resumidamente, no Brasil, as leis orçamentárias são três, ou seja, a Lei Orçamentária Anual –LOA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei do Plano Plurianual. As três leis caminham juntas, sendo necessária a plena harmonia entre todas para o bom funcionamento da administração orçamentária e fiscal dos entes federativos. Obrigatoriamente, todas as receitas e despesas públicas devem estar previstas na LOA, inclusive os créditos adicionais, que devem ser incluídos posteriormente através de emendas à lei orçamentária, sob pena e grave ofensa ao princípio da legalidade orçamentária. A LDO contém as metas e programas de governo a serem realizadas, com base na LOA. O Plano Plurianual deve conter a programação financeira do governo para os próximos anos, em relação a obras e programas de médio e longo prazo.

Infelizmente o Brasil está passando por uma das mais graves crises financeiras e orçamentárias que já passou na sua história, decorrente da má gestão financeira e orçamentária, de desvios de recursos públicos, superfaturamento de obras e serviços públicos, graves escândalos envolvendo o dinheiro público, etc. Esses problemas ocasionaram a escassez de recursos financeiros em todos os entes da federação, ou seja, tanto na União, como nos Estados, DF e Municípios, bem como em suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e nas sociedades de economia mista, desaguando no desequilíbrio fiscal e orçamentário.

Essa situação de penúria financeira por partes dos entes da federação tem forçado muitos Chefes do Poder Executivo a utilizarem o expediente do decreto de calamidade financeira, ou seja, quando o ente política está altamente endividado, com as contas públicas em frangalhos e não está conseguindo honrar os seus compromissos, nem mesmo o adimplemento da folha de pagamento dos servidores públicos e os juros da dívida pública, decreta o chamado Estado de Calamidade Financeira, fazendo com que Estados peçam socorro financeiro à União e Municípios peçam socorro financeiro a Estados e à própria União, até mesmo para evitar a intervenção da União no Estado, bem como evitar a intervenção do Estado no Município, que deixar de pagar a sua dívida pública fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior.

Portanto, no Brasil de hoje estamos assistindo passivamente a esse fenômeno financeiro curioso, que é a decretação de Estado de Calamidade Financeira por alguns entes da federação, ou seja, por parte de alguns Estados e Municípios, muitas vezes de maneira irresponsável e arbitrária, para deixar de pagar a sua dívida pública, deixando de honrar seus compromissos financeiros e orçamentários já assumidos, desaguando na inadimplência galopante por parte desses entes federativos, aumentando sobremaneira o déficit público e o endividamento dos entes políticos, agravada a situação pela queda de arrecadação tributária em decorrência da queda da atividade econômica, em função da gravíssima crise financeira e econômica que assola o país de Norte a Sul e de Leste a Oeste, sem exceções, refletindo na atividade econômica e na iniciativa privada e também nas políticas públicas.

Nesse contexto, urge destacar a importância do Princípio Constitucional e Administrativo da Moralidade no trato da questão orçamentária e fiscal, segundo o qual as condutas e atos dos agentes políticos e públicos, no âmbito da Administração Pública, devem ser pautadas pelo critério da probidade administrativa, ou seja, da honestidade no trato da coisa pública, agindo com moral e ética, não praticando qualquer ato de corrupção e desvios de finalidade e de recursos públicos, não cometendo nepotismo, nem mesmo cruzado, defendendo exclusivamente o interesse público e coletivo, de toda a sociedade, no exercício da função pública, sem abusos de poder e desmandos. Por exemplo, fere o princípio da moralidade e da probidade administrativa a conduta do agente

político ou público que desvia recursos financeiros que deveriam ser destinados à saúde pública. Outro exemplo de ofensa aos Princípios da Moralidade Administrativa, da Impessoalidade e da Legalidade é com relação ao assustador esquema de corrupção e de desvios de recursos financeiros na Petrobras, descoberto e desmantelado recentemente pela operação “Lava Jato” da Polícia Federal, envolvendo várias pessoas, inclusive políticos conhecidos e grandes empresas, amplamente divulgada pela imprensa e pela mídia jornalística, tanto aqui, como alhures.

O Princípio da Impessoalidade no trato da questão orçamentária e fiscal exige do Administrador Público uma conduta neutra e imparcial no exercício da função pública de gestor do orçamento e das contas públicas, defendendo o interesse público, coletivo, da sociedade, não podendo, em hipótese alguma, defender o interesse próprio, particular ou individual de quem quer que seja na lida com o orçamento público e fiscal. O pessoalismo como defesa do interesse individual ou particular deve ser absolutamente banido da Administração Pública, sob pena de flagrante ofensa ao Princípio da Impessoalidade Administrativa. Exemplo de ofensa a esse princípio da impessoalidade é a conduta do administrador público que interfere para que determinada empreiteira vença o certame licitatório de maneira privilegiada, em função de informações privilegiadas, fazendo-a lograr-se vencedora ou mesmo a indevida dispensa de licitação, beneficiando determinada empresa ao contratar com a mesma sem a necessária licitação pública, ou até mesmo a indevida interferência na fila de espera dos transplantes de órgãos e tecidos humanos, “furando” a aludida fila para beneficiar um parente ou amigo ou qualquer outro apadrinhado, prejudicando as demais pessoas que integram a fila de transplantes.

O Princípio da Publicidade ou da Transparência Orçamentária e Fiscal, segundo o qual todas as receitas e todas as despesas públicas previstas na peça orçamentária devem ser amplamente divulgadas, de forma pública e oficial, para dar ampla e inequívoca publicidade a toda a sociedade em relação aos gastos públicos e em relação ao destino do dinheiro público, para terem ciência da forma como os recursos financeiros do Estado são dispendidos.

Sobre o Princípio da Publicidade ou Transparência no trato da questão orçamentária e fiscal, infelizmente no Brasil há uma série de informações desconstruídas, gerando confusão com relação à

real situação do déficit público e fiscal, sendo que o próprio governo não deixa claro qual é o real tamanho do rombo nas contas públicas, agindo com total descaso a esses números, escamoteando o problema do déficit público e orçamentário, ferindo de morte o Princípio Constitucional da Publicidade e da Transparência orçamentária e fiscal, motivo pelo qual recorreremos a dados e informações veiculados pelos entes paraestatais, como as confederações e federações da indústria, do comércio, de trabalhadores, como a FIESP, CNI, bem como por associações e entidades não governamentais de estudos de direito financeiro e econômico, divulgados por intermédio imprensa falada e escrita.

Em matéria orçamentária e fiscal, urge destacar a importância do Princípio Constitucional e Administrativo da Eficiência, segundo o qual a Administração Pública de modo geral, por meio de seus órgãos, entidades e agentes políticos e públicos, deve agir com rigor e firmeza no trato da questão orçamentária e fiscal, através de seus órgãos de controle e fiscalização das contas públicas, como o próprio Poder Legislativo, auxiliado pelo TCU, nos termos dos arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988, no sentido de controlar e fiscalizar com eficiência os gastos e as despesas públicas, sem descuidar da arrecadação tributária e da boa gestão orçamentária e fiscal na administração pública, agindo com presteza e dedicação, com esmero, como se fosse na iniciativa privada, em que a eficiência, a qualidade e a celeridade são primordiais. Nos dias de hoje não mais se admite uma administração pública inoperante e ineficiente no trato da questão orçamentária e fiscal, que não atenda os anseios da coletividade com relação à prioridade de gastos públicos.

Exemplo de ineficiência e inoperância na Administração Pública é a falta de controle nos gastos e despesas públicas, muitas vezes ao arrepio da Constituição Federal e da Lei de Responsabilidade Fiscal e da própria Lei Orçamentária Anual.

Em relação aos serviços públicos essenciais, em especial a Saúde Pública, segundo pesquisa realizada no Estado de São Paulo, encomendada pela Associação Paulista de Medicina – APM e pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, conforme artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, para todos os serviços oferecidos pelo SUS, uma significativa fatia da sociedade entende que o acesso ao SUS é extremamente difícil, sobretudo as consultas com profissionais da medicina, atendimento emergencialista em

pronto-socorro, bem como às cirurgias. Segundo a mesma pesquisa, 3 em cada 10 paulistas estão aguardando algum tipo de atendimento no SUS. Segundo o mesmo artigo, auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, a respeito da assistência hospitalar no SUS, destacou que, no ano de 1995, o país possuía uma média de 3,22 leitos em hospitais, para cada mil habitantes. Posteriormente, no ano de 2010, este número caiu para 2,63 leitos hospitalares para cada mil habitantes. É preciso destacar que, nesse período, houve um significativo aumento populacional. Assim, houve uma flagrante ofensa aos princípios constitucionais do direito à saúde pública, da universalidade do atendimento e cobertura dos serviços prestados pelo SUS, da isonomia de atendimento e do Princípio do Não Retrocesso dos Direitos Sociais. De acordo com o artigo e pesquisa, o Tribunal de Contas da União – TCU já havia alertado para os “problemas graves, complexos e recorrentes” no SUS, quais sejam: ausência de equipamentos e instalações adequadas; carência de profissionais da saúde, sobretudo preparados, bem remunerados e especializados; falta de leitos hospitalares; falta de remédios, medicamentos e produtos hospitalares, dentre outros. Porém, segundo a aludida pesquisa, a diminuição de leitos no Sistema Único de Saúde continuou nos anos posteriores. Na pesquisa encomendada, o Conselho Federal de Medicina – CFM revelou que a rede de saúde pública perdeu 12.697 (Doze mil, seiscentos e noventa e sete) leitos hospitalares entre o mês de janeiro de 2010 e julho de 2013, sendo que a rede particular de saúde no mesmo período aumentou a sua capacidade em 13.438 leitos de internação nos seus hospitais privados, de acordo com a mesma pesquisa e artigo. Ainda segundo a pesquisa, 29% dos brasileiros possuem planos de saúde particulares, sendo que no Estado de São Paulo o percentual é maior, ou seja, 39% dos paulistas com 16 anos ou mais possuem plano de saúde, demonstrando mais uma vez que a omissão do Poder Público com relação à saúde pública prejudica grande parte da sociedade brasileira, desrespeitando a Constituição Federal de 1988. A aludida pesquisa também demonstra que o Sistema Único de Saúde ainda é muito procurado pela população, verificando que, embora o Estado de São Paulo seja o mais rico da nação, com o maior percentual de utilização de planos de saúde particulares, cerca de 89% da população do Estado de São Paulo nos dois últimos anos utilizaram do SUS. Ainda segundo a pesquisa, dentre aqueles que

não utilizaram os serviços de saúde pública, cerca de 42% alegaram que não o fizeram em função dos obstáculos de acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde, sendo que tão somente 33% disseram que não utilizaram o SUS em razão de serem titulares de alguma assistência particular de saúde.

A pesquisa traz pelo menos uma boa notícia relativamente ao programa de Saúde Familiar, em que pelo menos um quarto de todo o Estado de São Paulo foi beneficiado pelo aludido programa, sendo que a média no Brasil é de cerca de 29%, sendo que, dentre as pessoas que foram atendidas, 47% avaliaram o programa com notas entre 8 e 10, numa variação que vai de 0 a 10.

De acordo com a pesquisa encomendada pela Associação Paulista de Medicina – APM e pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, 51% das pessoas ouvidas avaliaram o SUS com notas entre 5 e 7, numa variação entre 0 e 10, sendo que tão somente 13% disseram que o Sistema Único de Saúde mereceria notas entre 8 e 10.

Nesse contexto, o Ministério da Saúde se vangloria, afirmando que o Estado de São Paulo foi beneficiado com 2,1 mil médicos, sobretudo estrangeiros, contratados pelo governo federal, sendo que a saúde pública deveria ser no Brasil a prioridade número um da Administração Pública, visto que, de acordo com a mesma pesquisa, 52% da população paulista considera que a saúde pública deveria ser a principal prioridade do Poder Público, seguida pela educação pública (19%), pela moradia (5%) e pelo transporte público e coletivo (0,3%).

Atualmente estamos assistindo no Brasil o grave problema da inadimplência dos hospitais públicos, sobretudo das santas casas de misericórdia, como é o caso da Santa Casa de São Paulo, que está afogada em dívidas, com a falta de repasses de verbas federais a que tem direito, sobretudo do SUS, e com a queda de doações que rotineiramente vinha recebendo de pessoas físicas e jurídicas, talvez pela crise econômica que assola o país, bem como pelo aumento da demanda e procura por seus serviços de saúde pública, que são gratuitos, sobretudo internações, cirurgias, atendimentos de emergência e urgência, partos, realização de exames, tratamentos de saúde, dentre outros, conforme nos relata o seu provedor e médico, Dr. David Uip, que está reduzindo significativamente os atendimentos e prestações de serviços da Santa Casa de São Paulo, em razão da falta de recursos financeiros, falta de repasses de

verbas federais do SUS, falta de medicamentos, remédios e insumos hospitalares, e pela falta de profissionais, conforme matéria publicada no jornal “Comércio da Franca”. Com relação à Santa Casa de Misericórdia de Franca-SP, o problema não é diferente.

Outro problema que assola a saúde pública no Brasil é a questão da qualidade dos serviços prestados pelo SUS, que está rendendo ao Poder Judiciário inúmeras ações judiciais de indenização movidas sobretudo contra o Estado, para provável reparação por supostos danos materiais e morais eventualmente causados a pacientes e familiares, como é o caso de um jovem paciente, com menos de cinquenta anos de idade, que perdeu a vida precocemente após ser atendido pelo SUS em função de um corte na mão, de aproximadamente quatro centímetros, ocasionado por um pedaço de vidro de garrafa quebrada que, ao ser atendido, em função de complicações decorrentes de infecção, veio a óbito, conforme nos relata o jornal “Comércio da Franca”. Comparando com a rede privada de saúde, esta possui problemas com o Poder Judiciário basicamente com relação à questão de cobertura dos planos de saúde e hospitais particulares, em relação a determinados tratamentos de saúde, internações e certas cirurgias mais complexas e específicas, mas não em relação à omissão de atendimento e queda na qualidade dos serviços prestados.

Com relação ao Meio Ambiente e, sobretudo, à preservação das matas e florestas da Amazônia Legal, lamentavelmente o Ministério do Meio Ambiente e o IBAMA não estão cumprindo o seu papel legal e constitucional. Segundo a ONG IMAZON, de proteção e preservação da floresta amazônica, dirigida por Beto Teixeira, conforme matéria de capa do jornal “Folha de São Paulo”, entre os meses de setembro e outubro de 2014, ou seja, muito recente e em um período inferior a dois meses, houve um significativo aumento do desmatamento na Amazônia Legal, que compreende os Estados do Amazonas, Rondônia, Acre, Pará, Mato Grosso, Roraima, Amapá, Maranhão e Piauí, aumento esse em torno de 191% em relação ao período anterior, representando cerca de 383 quilômetros quadrados de desmatamento, o que é um absurdo. Porém, o Ministério do Meio Ambiente, junto com o IBAMA, informou que vai revelar tais dados sobre o desmatamento na região amazônica somente a partir de novembro, provavelmente e, pelo que tudo indica, segundo fonte jornalística, para não

atrapalhar as pesquisas eleitorais e as eleições presidenciais. Ora, tal postura por parte da Administração Pública Federal, fere de maneira contundente os princípios administrativos e constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da razoabilidade, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado. Fere os princípios da legalidade, da eficiência e da publicidade por não estar cumprindo o seu papel de proteção e preservação da floresta amazônica e da ausência de fiscalização e repressão eficazes para combater, evitar e punir de maneira severa o desmatamento verificado. Fere os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade, da finalidade, da motivação, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, por permitir que interesses puramente políticos, particulares e eleitoreiros se sobreponham ao interesse público e coletivo da preservação e proteção do meio ambiente, sobretudo da floresta amazônica.

No Brasil, o problema não é a falta de recursos financeiros e orçamentários do Poder Público, pois, conforme coluna e artigo de Suely Caldas no jornal “O Estado de São Paulo”, a Administração Pública federal possui 39 (trinta e nove) Ministérios, o que representa de modo geral a incontestável má gestão dos recursos públicos financeiros e orçamentários do Poder Público, cada vez mais inchado e oneroso.

A finalidade precípua do Estado é assegurar os serviços públicos prioritários à população, sobretudo os serviços básicos de saúde pública, para atingir o bem comum da sociedade, sendo imprescindível para tanto a boa gestão dos recursos públicos e financeiros, através da observância e aplicação dos Princípios Constitucionais Orçamentários, sobretudo o da Legalidade Orçamentária e o Equilíbrio Orçamentário e Fiscal, além é claro, da observância da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, no trato da questão orçamentária e fiscal, elegendo prioridades de gastos e despesas públicas, sempre com autorização legislativa e com razoabilidade e racionalidade. Não adianta, pois sempre os recursos financeiros serão escassos, sendo necessária a correta adequação dos recursos financeiros existentes às necessidades vitais e básicas da população, sem atropelos e desvios de finalidade.

Conclusão

Assim, o presente trabalho pretendeu abordar de maneira singela o problema do chamado Estado de Calamidade Financeira e a importância da Responsabilidade Fiscal na questão orçamentária, dando ênfase aos princípios constitucionais orçamentários da administração pública na Constituição Federal de 1988, sobretudo em relação ao Princípio da Legalidade Orçamentária e do Equilíbrio Orçamentário e Fiscal, além dos demais princípios constitucionais e administrativos correlatos, fazendo uma breve síntese dos graves problemas financeiros e orçamentários que assola o país, destacando a questão orçamentária da saúde pública, sobretudo no SUS, destacando a importância dos princípios constitucionais da legalidade orçamentária, do equilíbrio fiscal e orçamentário, da impessoalidade no orçamento, da moralidade, da publicidade e da eficiência na questão orçamentária e fiscal, conforme estão dispostos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para o bom e correto funcionamento da máquina administrativa do Poder Público é imperioso por parte de todos os agentes públicos a fiel observância aos princípios constitucionais orçamentários e fiscais, da forma como estão lançados na Constituição Federal de 1988, com o objetivo de combater os desmandos e abusos de poder e autoridade no trato do orçamento público, combatendo as arbitrariedades com relação ao trato das verbas públicas, o enriquecimento ilícito e sem causa, às custas do erário, evitando e punindo a malversação do dinheiro público e os desvios de recursos financeiros do Poder Público e o superfaturamento de obras e de serviços públicos, com e sem licitação pública, que indiscutivelmente prejudica milhares de pessoas, sobretudo os carentes e necessitados, mingando cada vez mais os recursos para a saúde pública e demais políticas públicas de grande importância para a população, sobretudo para os mais carentes.

Assim, a Administração Pública no Brasil, tanto Direta ou Centralizada, como Indireta ou Descentralizada, deve ser pautada pelos Princípios Constitucionais da Legalidade Orçamentária, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, no trato do orçamento público, como princípios explícitos no texto

constitucional, bem como pelos princípios administrativos implícitos no sistema normativo, como o da razoabilidade ou proporcionalidade, o da economicidade, o da finalidade, o da motivação ou fundamentação, o da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o privado. No Brasil, todos os órgãos, agentes e entidades da administração pública, seja direta ou centralizada, seja indireta ou descentralizada, devem fiel e estrita observância a esses princípios constitucionais, nos moldes dos artigos 37, *caput*, 70 a 75, 165, 166, 167, todos da Constituição Federal de 1988, inclusive os entes paraestatais, os concessionários de serviços públicos e os particulares em colaboração com o Estado. Tal imperativo é peculiaridade da chamada Constituição Orçamentária Brasileira, sobre o qual dispõe o Sistema Normativo, através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das leis infraconstitucionais, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a lei sobre normas gerais de direito financeiro (Lei nº 4.320/64), que a regulamentam, vinculando todos os entes ou entidades da administração pública direta e indireta, autárquica e fundacional, a esses princípios constitucionais orçamentários e fiscais da administração pública. Nesse contexto, todos os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta deve estrita obediência sobretudo ao Princípio Constitucional da Legalidade Orçamentária, insculpido sobretudo no art. 167 da CF/88, sob pena de grave ofensa aos postulados da chamada Constituição Orçamentária do Brasil, podendo ensejar a nulidade e a decretação de ilegalidade e inconstitucionalidade de toda e qualquer despesa pública desprovida de autorização legislativa e realizada fora desses postulados constitucionais do Direito Financeiro e Orçamentário.

Referências

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. *SUS - O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*, volume 1. São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

1988. Anexo. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/portal-legislacao>>.

“Comércio da Franca”. *Inadimplência dos Hospitais Públicos*. Publicado em 28/09/2014, p. A2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

“Folha de São Paulo”. Matéria de capa. Publicado em 19/10/2014, p. A1.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. SANTANA, Jair Eduardo. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. ALVES, Leo da Silva. *Responsabilidade Fiscal. Lei Complementar 101 de 04/05/2000. Licitações e Contratos – Gestão. Controle Interno e Externo – Contas. Responsabilidade Administrativa – Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NATALINI, Gilberto. *Princípios Básicos do SUS. Associação Paulista de Medicina. SUS - O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*, volume 1. São Paulo: Editora Atheneu, 2006.

“O Estado de São Paulo”. *Nota baixa para o SUS*. Publicado em 18/08/2014, p. A3.

“O Estado de São Paulo”. *Caderno de Economia*. Publicado em 28/09/2014, p. B2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

PARTE III

A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO PRIVADO

ARBITRAGEM EM TEMPOS DE CRISE: SITUAÇÕES DE IMPECUNIOSIDADE E FINANCIAMENTO DE TERCEIROS

Flavia Foz Mange*

Marcela Kolhbach de Faria*

Resumo: Este artigo analisa os desafios encontrados pela arbitragem em tempos de crise, em especial situações de impecuniosidade das partes que implicam na impossibilidade de pagamento das custas da arbitragem. Como uma possível alternativa para questão, este artigo analisa o surgimento e formas de estruturação do financiamento de terceiros para procedimentos arbitrais.

Palavras-Chave: Arbitragem; Crise; Custas; Impecuniosidade; Financiamento de Terceiros.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o desenvolvimento do instituto da arbitragem no direito brasileiro e os desafios encontrados em um momento de crise, em especial financeira, das partes. Após a apresentação dessa problemática, será analisada uma das inovações jurídicas que surgiram como resposta à escassez de recursos: o financiamento por terceiros. Os primeiros itens deste artigo examinam o estágio atual do desenvolvimento do instituto da arbitragem, as questões financeiras envolvidas na privatização de mecanismos de solução de disputas e traz alguns casos ilustrativos das consequências da impecuniosidade de uma das partes na arbitragem. Apresentado o cenário e a problemática decorrente da crise, a segunda parte deste artigo analisará uma das soluções do mercado à situação: o financiamento de terceiros (*Third Party Funding*) e, em seguida, serão analisadas as formas e tipos de estruturas do financiamento. Por fim, para uma análise comparativa, será demonstrado o desenvolvimento do financiamento de terceiros em outras jurisdições e tentativas de regulamentação da questão.

* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Pesquisadora na Harvard School of Law, mestrado em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e LLM em International Legal Studies – New York University School of Law. Professora visitante do Programa de Pós Graduação em Direito da FCHS – Unesp. Campus de Franca.

* Mestre e Doutoranda pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

1. A evolução do instituto da arbitragem no direito brasileiro

O instituto da arbitragem é um mecanismo privado de solução de controvérsias caracterizado por Carmona como um “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.”¹

No Brasil, a Lei de Arbitragem² de 1996 é considerada o grande marco para o avanço da arbitragem como meio de solução de conflitos. Entre as principais inovações da Lei de Arbitragem, merecem destaque o reconhecimento da eficácia e os efeitos da convenção de arbitragem (tanto na forma de compromisso arbitral como de cláusula compromissória) e a equiparação da sentença arbitral à judicial.³

Para o presente artigo, são importantes as disposições com relação à convenção de arbitragem. O parágrafo único do artigo 8 da Lei 9.307/96⁴ reconhece o princípio da competência-competência, explicitando que cabe ao Tribunal Arbitral examinar a demanda, inclusive questionamentos à sua própria competência e questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Este é o efeito positivo da convenção de arbitragem, que confere jurisdição aos árbitros para solucionar determinada disputa.

As alterações da Lei de Arbitragem foram acompanhadas de alterações no Código de Processo Civil, possibilitando a extinção do processo sem julgamento de mérito na existência de convenção de arbitragem.⁵ Desta forma, uma vez pactuada uma cláusula compromissória, os contratantes estão a ela vinculados, devendo

¹ C. A. CARMONA. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

² Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm

³ Para uma análise de histórico legislativo e contexto de promulgação da lei, ver C. A. CARMONA. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 1-26.

⁴ “Art. 8º. *Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*”

⁵ Alteração no então art. 267,VII e 301, IX do Código de Processo Civil de 1973. Atualmente previsto no art. 337, X e 485,VII do Código de Processo Civil de 2015.

solucionar suas disputas por arbitragem e renunciando a opção de buscar o Judiciário. Isso configura o reconhecimento do efeito negativo deste pacto e capacidade de afastar as demandas do poder judiciário. A partir da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória tornou-se vinculante no Brasil e, anteriormente, era vista apenas como uma obrigação contratual cujo descumprimento ensejava perdas e danos.⁶

A constitucionalidade da possibilidade da exclusão da apreciação de uma demanda pelo Poder Judiciário foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal que, em 2002, declarou ser constitucional a Lei de Arbitragem e, em especial, os dispositivos que afastam a apreciação judicial de matérias sujeitas à arbitragem conforme convenção de arbitragem livremente pactuada entre as partes.⁷

Qualquer intervenção do Judiciário só pode ocorrer após o esgotamento da via arbitral. Nesse sentido, BATISTA MARTINS esclarece que “[e]xistindo cláusula compromissória a intervenção estatal está condicionada ao esgotamento da via arbitral, salvo, por óbvio, questões efetivamente teratológicas. (...)”.⁸ O STJ também já se posicionou no sentido de que na existência de convenção de arbitragem não se deve admitir a judicialização prematura de demandas sujeitas à jurisdição arbitral.⁹

Com relação à sentença arbitral, a Lei de Arbitragem equiparou a sentença arbitral à judicial e constitui título executivo.¹⁰ Ademais, tendo em vista que em 1996, quando da edição da lei de arbitragem, o Brasil não era parte da Convenção de Nova Iorque, a Lei de Arbitragem traz em seu bojo dispositivos sobre reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais

⁶ C. A. CARMONA. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

⁷ BRASIL, *Sentença Estrangeira nº 5.206-Reino da Espanha*, STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento finalizado em 12.12.2001.

⁸ MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 135.

⁹ STJ, REsp 1302900-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 09.10.2012, DJE 16.10.2012: “nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade de cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via obliqua do retorno ao Juízo.”

¹⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

estrangeiras. À época, tal inserção foi comemorada porque pôs fim a necessidade do duplo *exequatur* – exigência de que a sentença arbitral estrangeira fosse primeiramente reconhecida pelo Judiciário no local de proferimento e, apenas após a decisão judicial que reconheceu a sentença arbitral, ser objeto de uma ação de homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Além disso, a Lei de Arbitragem incorporou de maneira indireta os termos do artigo V da Convenção de Nova Iorque, estabelecendo nos seus artigos 38 e 39 as possíveis alegações que podem ser realizadas para obstar a homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Também foi reconhecido o princípio pró-arbitragem (ou pró-homologação), invertendo o ônus da prova para a parte que quiser obstar o reconhecimento a execução no Brasil.

Diante deste contexto legislativo e do cenário de prosperidade econômica, o instituto da arbitragem teve um rápido desenvolvimento no Brasil no início do século XXI. Embora seja difícil mensurar o conteúdo dos contratos vigentes no mercado, pode-se afirmar que a partir do julgamento pela constitucionalidade da arbitragem, a inserção de cláusulas compromissórias optando pela solução de litígios via arbitral tornou-se cada vez mais usual. Isso pode ser constatado pelo crescente número de litígios que são solucionados pelas instituições arbitrais domésticas¹¹ e pela participação cada vez maior de partes brasileiras em arbitragens administradas por instituições arbitrais internacionais.¹² O aumento do número de ações no Judiciário relacionadas à arbitragem também corrobora com a consolidação da utilização do instituto no país.¹³

¹¹ A pesquisa “Arbitragem em Números e Valores” elaborada por Selma Lemes indica que entre 2010 e 2015 houve um crescimento de 73% no número de arbitragens apresentadas nas principais instituições arbitrais nacionais. Esta pesquisa está disponível em <http://selmalemes.adv.br/noticias/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%202010%20a%202015.pdf>.

¹² Por exemplo, em arbitragens perante a CCI, em 2016 as partes brasileiras eram a terceira em maior representatividade. Dados disponíveis em: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-announces-new-operations-brazil/>

¹³ Nesse sentido, ver pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) em parceria com a Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem (ABEARb), disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2016>

2. Aspectos financeiros da arbitragem

Como método privado de solução de disputas, as custas da arbitragem são diferentes daquelas existentes no processo judicial. Embora existam custos atrelados ao processo judicial, no processo arbitral existem não apenas as custas pagas às instituições de arbitragem que administram os casos, mas também honorários dos árbitros, os quais, ao contrário dos juízes, não são servidores públicos e devem ser remunerados pela atividade desenvolvida.

As arbitragens podem ser *ad hoc* ou institucionais. Nas arbitragens *ad hoc*, as partes negociam diretamente com os árbitros qual será a remuneração pelo seu trabalho e como se dará o pagamento. Por outro lado, nas arbitragens institucionais, as instituições arbitrais já possuem formas pré-estabelecidas para remuneração dos árbitros, mas também cobram taxas para administrarem os casos. Embora o recurso a uma arbitragem institucional gere mais custos, as instituições oferecem, além de regulamentos de arbitragem já testados, diversos serviços de apoio às partes e aos árbitros, bem como cuidam de toda a parte financeira do procedimento. A administração financeira da arbitragem possibilita maior previsibilidade dos custos, evita que as partes tenham que discutir aspectos da remuneração com os árbitros que julgam o caso diretamente e traz outros benefícios tanto para as partes como para os árbitros.

Em geral, as instituições arbitrais cobram uma taxa de registro, de quota única, na data de apresentação do requerimento de arbitragem e, após, são calculados os valores dos honorários dos árbitros e da taxa de administração. Tanto os honorários dos árbitros como a taxa de administração da instituição arbitral podem ser calculadas com base horária ou conforme o valor em disputa.

Atualmente, a maioria das instituições trabalha com uma tabela de custas que varia de acordo com o valor em disputa.¹⁴ Essas tabelas são disponibilizadas nos sites das instituições e consultadas pelas partes e advogados na hora de optarem por uma

¹⁴ Este foi o resultado apontado por uma pesquisa realizada com mais de 30 instituições arbitrais. HOFBAUER, Simone; BURKART, Michael; BANDER, Lara; TARI, Mehtap. Chapter 1: Survey on Scrutiny of Arbitral Institutions, in HABEGGER, Philipp; HOCHSTRASSER, Daniel; NATER-BASS, Gabrielle and WEBER-STECHER, Urs (Eds.). *Arbitral Institutions Under Scrutiny*. ASA Bul. No. 40, 2013, p. 1-35, p. 27

instituição ou outra.¹⁵ Algumas instituições também disponibilizam uma calculadora on line que permite às partes fazer o cálculo dessas custas a depender do valor da disputa e número de árbitros.¹⁶

Com exceção da taxa de registro, que é paga integralmente pela parte que apresenta o requerimento de arbitragem, as demais custas do procedimento arbitral (taxa de administração da instituição e honorários dos árbitros) são, em geral, repartidas igualmente entre as partes no início do procedimento arbitral.¹⁷ A maioria dos regulamentos de arbitragem institucionais confere poderes aos árbitros para alocarem a divisão dos custos da arbitragem entre as partes ao final do procedimento. A autonomia da vontade das partes, princípio basilar da arbitragem, também é respeitado no que tange à alocação das custas, tanto no início quanto no final do procedimento.¹⁸

Sem o pagamento integral da taxa de administração e honorários dos árbitros, a arbitragem não prossegue.¹⁹ Dessa forma, a maioria dos regulamentos possibilita que uma parte pague a parcela das custas da outra, caso esta não o faça. Ademais, nas hipóteses de inversão do pagamento das custas, é possível a exclusão dos pleitos da parte inadimplente.²⁰

¹⁵ Por exemplo, no âmbito nacional a tabela de custas do CAM-CCBC está disponível em <http://www.ccbc.org.br/Noticias/5069/tabela-de-despesas-2017>; da CAMARB em <http://camarb.com.br/mediacao/custas-e-despesas/>.

¹⁶ Ver, por exemplo, site da CCI <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/cost-calculator/> e da CAMARB: <http://camarb.com.br/calculadora/>

¹⁷ Ver, por exemplo, artigo 37.2 do regulamento de Arbitragem de 2012 da CCI.

¹⁸ Ver, por exemplo, artigo 38 do regulamento de Arbitragem de 2012 da CCI.

¹⁹ Nesse sentido, ver, por exemplo o art. 11.8 do Regulamento da CAMARB: “**11.8** No caso do não pagamento, por qualquer das partes, da taxa de administração e/ou dos honorários de árbitros, no tempo e nos valores estipulados, poderá a outra parte adiantar o respectivo valor de modo a permitir a realização da arbitragem, procedendo-se ao acerto das contas ao final do procedimento arbitral, conforme decidir a sentença arbitral. Caso não haja o adiantamento integral da taxa de administração e/ou dos honorários no prazo de 15 dias, a arbitragem será suspensa, podendo ser retomada após a efetivação do referido pagamento. Na hipótese de haver reconvenção, esse item aplicar-se-á separadamente aos pleitos do(s) requerente(s) e àqueles do(s) requerido(s).” (<http://camarb.com.br/mediacao/custas-e-despesas/>).

²⁰ Nesse sentido, ver, por ex. Art. 6.4 do Regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp: “6.4. Quando o pagamento for realizado pela outra parte, o Secretário-geral da Câmara informará às partes e ao Tribunal Arbitral para que não analise os pleitos da parte inadimplente, se existentes.” (Disponível em; <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/tabela-custas.html>). No mesmo sentido, dispõe o artigo 37.6 do Regulamento de Arbitragem de 2012 da CCI: Quando um pedido de pagamento de uma provisão não for cumprido, o Secretário Geral poderá, após

Por fim, além das taxas da administração e honorários dos árbitros, as partes, assim como no Judiciário, devem arcar com os custos dos honorários de seus advogados e eventuais perícias que se façam necessárias.²¹ No entanto, convém ressaltar que, tendo em vista a especialidade do procedimento arbitral e a complexidade dos casos que em geral são solucionados via arbitral, estes honorários também costumam ser mais elevados do que de ações em trâmite no Judiciário.

3. A arbitragem em tempos de crise: a problemática da situação de impecuniosidade

As partes não têm controle sobre o momento em que surge uma disputa decorrente de um contrato. No entanto, em momentos de crise, inadimplementos são mais comuns e controvérsias podem surgir. Contudo, a situação econômica das partes pode ter se alterado no curso da execução do contrato ou, ainda, em decorrência do não cumprimento das obrigações contratuais por uma das partes. Tais situações podem levar as partes, ou uma delas, a uma situação de falta de recursos para iniciar ou se defender de uma disputa arbitral, também denominada situação de impecuniosidade. Para ilustrar essa situação, são trazidos alguns cenários abaixo.

3.1. Parte questiona a validade da cláusula compromissória perante o Judiciário sob o argumento de que recurso à arbitragem seria um obstáculo econômico ao acesso à justiça

Em que pese a cláusula compromissória ser vinculativa e não poder ser afastada unilateralmente por uma das partes quando surge

consultar o tribunal arbitral, convidá-lo a suspender os seus trabalhos e fixar um prazo não inferior a 15 dias, após o qual se considerarão retiradas as demandas correspondentes à provisão em falta. Caso a parte em questão deseje contestar tal medida, deverá solicitar, no prazo mencionado anteriormente, que a questão seja decidida pela Corte. Essa retirada não prejudicará o direito da parte de reapresentar posteriormente as mesmas demandas em outros procedimentos (Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/?preview=true>).

²¹ Para uma análise sobre alocação de custas na arbitragem, em especial honorários advocatícios, ver PIMENTEL, Wilson, *Efficiency and equilibrium in the allocation of arbitration costs*. In Revista Brasileira de Arbitragem, 2015, Volume XII, No. 48, pp. 59 – 67.

uma disputa, não são raros os casos em que uma das partes questiona a validade da cláusula compromissória perante o Poder Judiciário, visando afastar sua incidência e obter acesso à tutela jurisdicional estatal. No Brasil, os juízes têm recorrentemente confirmado a validade da cláusula compromissória e, em respeito ao efeito negativo da mesma, extinguido o processo sem julgamento do mérito, remetendo as partes para arbitragem.²²

A utilização dos elevados custos da arbitragem ou da desproporcionalidade dos custos da arbitragem em relação à demanda a ser proposta já foram utilizados como argumento na tentativa de invalidar a cláusula compromissória tanto no Brasil como no exterior.

No Brasil, merece destaque o julgado do Des. Alexandre Câmara no TJRJ.²³ Neste caso, a autora requeria a *“ineficácia” da aludida cláusula por entender que a mesma geraria um obstáculo econômico ao acesso à justiça, dados os custos do processo arbitral.*²⁴ Ao analisar esta alegação, o TJRJ levou em consideração o valor da causa e o custo do procedimento arbitral em comparação à magnitude do contrato e das pessoas jurídicas envolvidas, concluindo que o valor da referida arbitragem não poderia ser tido como exagerado, confirmando a validade da cláusula compromissória.²⁵ Ademais, o Des. Alexandre Câmara ressaltou que, ainda que o cenário fosse diferente, cabe ao tribunal arbitral e não ao Poder Judiciário decidir *a priori* sobre a validade da cláusula compromissória.²⁶

²² Ver, por exemplo, Pesquisa CBar-FGV “Arbitragem e Poder Judiciário” – Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem, disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-fgv-2007> e Pesquisa CBar-ABEArb - Relatórios Validade da Cláusula, disponível em: <http://cbar.org.br/site/pesquisa-cbar-abearb-2016>.

²³ TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031996–20.2010.8.19.0209, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. em 11.07.2014.

²⁴ TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031996–20.2010.8.19.0209, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. em 11.07.2014, p. 3.

²⁵ *“Este valor, considerando a magnitude do contrato e das pessoas jurídicas envolvidas, não pode ser tido por exagerado. Basta dizer que a remuneração prevista no contrato seria de 2% do faturamento bruto da devedora, e esta tinha, em 2001, um capital social próximo de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), tendo ela um ativo (em dezembro de 2006) superior a oito milhões de dólares.”* (TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0031996–20.2010.8.19.0209, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. em 11.07.2014, p. 4).

²⁶ *“incumbe ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) examinar a eficácia da cláusula compromissória, e não ao Judiciário, a quem só é dado exercer controle a posteriori sobre a validade e eficácia da decisão proferida em sede arbitral”* (TJRJ, APELAÇÃO

A Suprema Corte Americana já teve oportunidade de se manifestar sobre a questão no caso que ficou conhecido como *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*²⁷ Neste caso, a parte também alegou que os custos da arbitragem seriam superiores ao valor econômico da demanda e pleiteava a afastabilidade da cláusula compromissória; contudo, não provou que não teria fundos suficientes para arcar com os custos da arbitragem e teve seu pedido indeferido, tendo a corte afirma que a cláusula compromissória não pode ser invalidada baseada no custo da arbitragem.²⁸ Recentemente, a Corte de Apelação do Nono Circuito teve a oportunidade de analisar um caso no qual, após o início do procedimento arbitral, o mesmo foi extinto em decorrência do esgotamento dos recursos financeiros das partes no decorrer do procedimento arbitral, com o encerramento da arbitragem por falta de pagamento. Neste caso, o Judiciário americano possibilitou que as partes litigassem perante o Poder Judiciário mesmo na existência de uma cláusula compromissória, no entanto ressaltou que a decisão não era uma mudança da política pro-arbitral e não possibilitaria que uma parte, tendo capacidade de pagar, deixaria de ser remetida à arbitragem.²⁹

CÍVEL Nº 0031996–20.2010.8.19.0209, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. em 11.07.2014, p. 5).

²⁷ US Supreme Court, *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*, j. 20.06.2013. Documentos do caso disponível em: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/american-express-co-v-italian-colors-restaurant/>

²⁸ “**Holding:** *The Federal Arbitration Act does not permit courts to invalidate a contractual waiver of class arbitration on the ground that the plaintiff’s cost of individually arbitrating a federal statutory claim exceeds the potential recovery.*” US Supreme Court, *American Express Co. v. Italian Colors Rest.*, j. 20.06.2013. Documentos do caso disponível em: <http://www.scotusblog.com/case-files/cases/american-express-co-v-italian-colors-restaurant/>

²⁹ “*Our ruling today, which allows Tillman’s case against the Rheingold firm to proceed despite the existence of an arbitration agreement between the two, does not run afoul of that policy. Our decision that Tillman’s case may proceed does not mean that parties may refuse to arbitrate by choosing not to pay for arbitration. If Tillman had refused to pay for arbitration despite having the capacity to do so, the district court probably could still have sought to compel arbitration under the FAA’s provision allowing such an order in the event of a party’s “failure, neglect, or refusal” to arbitrate. 9 U.S.C. § 4. 1 Or, in that context, the court could, and most probably should, dismiss Tillman’s complaint under Fed. R. Civ. P. 41(b), for failure to comply with the order to arbitrate despite its ability to do so. Here, however, the district court found that Tillman had exhausted her funds and was “unable to pay for her share of arbitration.” As a result, the district court excused Tillman’s lack of compliance with its order compelling arbitration under 9 U.S.C. § 4.*” (*Tillman v. Tillman*, 9th Cir., June 15, 2016, disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/us-9th-circuit/2016/06/15/276672.html>)

3.2. A exclusão dos pedidos de uma das partes em decorrência do não pagamento da sua parcela das custas

Conforme mencionado no item II acima, nos casos de não pagamento das taxas de administração e honorários dos árbitros por uma das partes, a outra é convidada para realizar o pagamento integral das custas do procedimento e os árbitros podem excluir os pedidos da parte que não honrou com o pagamento.³⁰

O Judiciário francês teve a oportunidade de se manifestar em uma arbitragem com sede em Paris envolvendo o Estado de Camarões e o Projeto Garoubé, entidade que obteve licença para explorar a região norte de Camarões, desenvolvendo pecuária e turismo ecológico. Após a alteração do valor da arbitragem e determinação pela CCI para que as partes recolhessem custas complementares, Garoubé deixou de honrar com a sua parcela do pagamento das custas, sob a alegação de impecuniosidade, e teve seus pleitos excluídos da arbitragem.³¹ Diante da retirada de seus pedidos do procedimento arbitral, Garoubé ajuizou demanda judicial contra a CCI questionando a decisão de retirada dos pedidos sob o argumento de violação de acesso à justiça.

Em primeiro grau, o juiz do Tribunal de Grande Instância de Paris entendeu que a impecuniosidade de Garoubé era manifesta e que a retirada de seus pedidos do procedimento arbitral violaria o direito de acesso à justiça. Dessa forma, o juiz ordenou a reinserção dos pedidos de Garoubé na arbitragem.³² Contudo, a referida decisão foi revertida pela Corte de Apelação de Paris, considerando que o juiz de primeiro grau excedeu os seus poderes e indevidamente interferiu no procedimento arbitral.³³ De acordo com a jurisprudência francesa, inclusive nos casos de impecuniosidade, a Corte de Apelação reiterou a não intervenção do Judiciário em procedimentos arbitrais quando as partes acordaram em submeter uma disputa à arbitragem, sendo que

³⁰ Vide nota de rodapé 20 supra para exemplos de artigos de regulamentos de arbitragem nesse sentido.

³¹ Fatos extraídos da decisão judicial: *Chambre de Commerce Internationale v. SARL Projet Pilote Garoubé, Cour d'Appel de Paris, Pôle 1, chambre 1, No. 15/23553, Arret du 24 Mai 2016.*

³² TGI Paris (ord.), 16 nov. 2015, Garoubé, n° 15-55644, D. 2015 panor. 2592.

³³ *Chambre de Commerce Internationale v. SARL Projet Pilote Garoubé, Cour d'Appel de Paris, Pôle 1, chambre 1, No. 15/23553, Arret du 24 Mai 2016.*

qualquer controle do Judiciário deve acontecer *a posteriori* em ação de anulação.³⁴

Em sede de ação de anulação, a Corte de Cassação francesa também tem adotado uma posição restritiva. Entende-se que, apenas nos casos em que os pedidos contrapostos ou reconventionais forem inseparáveis ou indissociáveis do pedido principal, a retirada de pedidos da parte que não adimpliu a sua parcela dos custos da arbitragem poderia ser considerada violação ao princípio do acesso à justiça.³⁵

3.3. Parte em situação de insolvência ou recuperação judicial

Uma situação diferente é quando uma das partes está em situação de insolvência ou recuperação judicial. Nesse sentido, o TJSP teve oportunidade de se manifestar sobre a validade da cláusula compromissória no caso de falência da empresa após o início do procedimento arbitral.³⁶ No mesmo sentido, o STJ também reconheceu a possibilidade de uma operadora de saúde em liquidação extrajudicial participar de um procedimento arbitral.³⁷

Embora nestes casos não houve a discussão expressa sobre a capacidade financeira das partes arcarem com as custas do procedimento, a existência de recuperação judicial ou de liquidação extrajudicial não foram suficientes para afastar a validade da cláusula compromissória.

Nesse mesmo sentido foi o enunciado da 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios realizada em 23 de Agosto de 2016 em Brasília que estabeleceu que “*O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impede a instauração do procedimento arbitral,*

³⁴ *Chambre de Commerce Internationale v. SARL Projet Pilote Garoubé, Cour d'Appel de Paris*, Pôle 1, chambre 1, No. 15/23553, Arret du 24 Mai 2016.

³⁵ Nesse sentido foi a decisão no caso *Pirelli*: “The fundamental principle of right of access to justice only if the counterclaims are 'inseparable' ('indissociables') from the principal claims. It ruled that insofar as the Court of Appeal did not adequately address this point, its decision was flawed in law”

³⁶ TJSP, Jackson Empreendimentos Ltda. V Diagrama Construtora Ltda (falida), Agravo 531.020.4/3-00, Rel. Des. Pereira Calças, j 25/06/2008.

³⁷ STJ, *Interclínicas vs. ABC Saúde, MEDIDA CAUTELAR N° 14.295 - SP* (2008/0122928-4), Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe: 13/06/2008.

nem o suspende.”³⁸

Estes casos buscam apenas exemplificar os tipos de problemas que podem surgir em razão da crise financeira de uma das partes e a existência de uma cláusula compromissória ou mesmo de uma arbitragem em curso ou ajuizada contra si. Os próximos itens buscam trazer uma possível solução para essa problemática.

4. Financiamento da arbitragem por terceiros (*third-party funding*): uma possível solução para o problema da impecuniosidade

Diante do contexto apresentado, um novo *player* surge nas arbitragens internacionais, e, mais recentemente, nas arbitragens domésticas no Brasil. O financiamento de arbitragens por terceiros, ou, como usualmente denominado na doutrina estrangeira “*third-party fundig*” surge como uma possível solução para o problema da impecuniosidade.

Em linhas gerais, o financiamento de arbitragens por terceiro é nada mais do que o pagamento dos custos decorrentes de um procedimento arbitral por um terceiro não envolvido no litígio. Em caso de êxito, o terceiro usualmente recebe um prêmio pelo sucesso, normalmente pago com uma parcela dos direitos creditórios decorrentes da demanda.³⁹

Em países como Inglaterra e Estados Unidos, o financiamento de litígios encontra-se mais desenvolvido, especialmente tendo em vista os altos custos do litígio, não só em demandas arbitrais, mas também em demandas judiciais, especialmente nas chamadas *class actions*. Ainda assim, conforme observam Aren Goldsmith e Lorenzo Melchionda,⁴⁰ a despeito de o *third-party funding* ser tema recorrente nas agendas dos congressos e conferências com cada vez mais frequência, o fenômeno ainda não virou prática tão comum nas arbitragens. Não obstante, não há

³⁸ Enunciados da Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios disponíveis em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/cjf-publica-integra-dos-87-enunciados-aprovados-na-i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>

³⁹ BARKER; George R. *Third-Party Litigation Funding in Australia and Europe*. 8 J.L. Econ. & Pol'y 451 2011-2012.

⁴⁰ GOLDSMITH, Aren; MELCHIONDA, Lorenzo. *Third party funding in international arbitration: everything you ever wanted to know (but were afraid to ask): Part 1*. International Business Law Journal, 2012, p. 2.

como negar que o *third-party funding* vem ganhando relevo e importância no contexto das arbitragens internacionais. A flexibilização da legislação em alguns países, como Austrália e Inglaterra, que chegaram a proibir o financiamento, contribuem sobremaneira para esse desenvolvimento.

No Brasil, os litígios judiciais não possuem custos tão elevados, ao menos do ponto de vista do desembolso a curto prazo,⁴¹ especialmente considerando que as partes que demonstrem ser hipossuficientes, ou seja, não possuir recursos para litigar sem prejuízo à própria subsistência, podem pleitear gratuidade de justiça, conforme do CPC-2015, combinado com a Lei 1.060/50. Por outro lado, especialmente tratando-se de arbitragens institucionais, os custos imediatos para litigar são consideravelmente elevados, especialmente tratando-se de demandas complexas e de alto valor. Portanto, o financiamento de arbitragens por terceiros surge, não somente como uma solução para o problema do acesso à justiça em hipóteses de impecuniosidade em litígios em que há convenção de arbitragem, mas também como oportunidade de mercado.

De fato, a crise econômica que assola o Brasil nos últimos anos vem contribuindo sobremaneira para o aumento da situação e impecuniosidade e, assim, para o desenvolvimento do mercado de *funders*. Todavia, a divisão de riscos que decorre do financiamento de arbitragens por terceiros surge como atrativo relevante para a opção da parte em buscar um parceiro para dar início ao litígio.

Para melhor compreensão, passa-se à análise de como funciona na prática o financiamento de arbitragens e como esse mercado vem se desenvolvendo no Brasil e no mundo.

5. As diversas formas de financiamento de litígios por terceiros

Algumas formas de financiamento de litígios por terceiros

⁴¹ Conforme observa Marilda Rosado de Sá Ribeiro, a questão dos custos na arbitragem deve ser verificada de um prisma mais amplo, abrangendo a avaliação da eficiência. Assim, ao comparar os custos envolvidos em uma arbitragem com os custos envolvidos em uma demanda judicial, destaca-se o “alto custo gerado para as partes na prestação jurisdicional estatal, por conta do tempo de espera por uma decisão definitiva, como um custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. “Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48/2016, p. 185 – 202, jan – mar, 2016.

são apontadas pela doutrina. Conforme observa Marcel Cardoso,⁴² as principais hipóteses são as descritas abaixo, detalhadas de forma pormenorizada pelo autor em sua dissertação de mestrado.

A primeira hipótese apontada é o financiamento por advogado se dá por meio da contratação de honorários de êxito, em que o advogado condiciona parcela de seus honorários ao sucesso na demanda. Respeitados os limites em que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a abusividade dos honorários de êxito quando pactuado em percentual demasiadamente alto, é possível que os advogados aceitem a sua remuneração somente por meio da parcela de êxito, sem nenhuma outra forma de remuneração pelo trabalho realizado ao longo do litígio.

Portanto, tendo em vista que o advogado assume o risco do êxito para o recebimento de sua remuneração, fazendo com que parte dos custos do litígio sejam, ainda que indiretamente suportados, ou ao menos adiantados mediante a prestação de serviços, por este, pode-se considerar, de certa forma, que há financiamento do litígio.

Outra hipótese é o financiamento pela própria parte, que capta recursos para o custear o litígio por meio da emissão de valores mobiliários, o que usualmente ocorre com a emissão de debêntures por empresas.

Não obstante, para fins do presente artigo, ganha relevo o financiamento por um terceiro investidor (o que configura o “financiamento típico” segundo Marcel Cardoso). Conforme destaca o autor:

Nesse sentido, fundos e bancos de investimento já têm, há algum tempo, visto o risco do litígio como algo atraente, visto que está desvinculado das flutuações do mercado, no sentido de que o resultado do "investimento" não depende da conjuntura econômica, mas sim da interpretação dos tribunais (estatais ou arbitrais) sobre determinado tema jurídico. Com efeito, em pesquisa de campo realizada junto a integrantes de empresas especializadas no financiamento de litígios, apontou-se como um dos grandes atrativos do third-party funding o fato de não deter correlação com outras classes de ativos, bem como por oferecer alta taxa

⁴² CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Financiamento de litígios por terceiros (third-party litigation funding) em processos cíveis (judiciais e arbitrais)*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção de título de Mestre em Direito.

*de retorno, apesar de os riscos também serem altos.*⁴³

De fato, o financiamento pelo advogado e pela emissão de valores mobiliários já constituem prática comum e conhecida no mercado, no entanto, o financiamento de terceiros propriamente dito, ou típico, figura como novidade no mercado brasileiro de arbitragens e vem ganhando cada vez mais espaço e relevo. Como toda novidade, o tema apresenta diversos desafios e dúvidas, despertando cada vez mais o interesse da doutrina.

6. Possíveis estruturas de negócio do “financiamento típico”

Napoleão Casado aponta algumas modalidades de contrato a princípio passíveis de utilização par a contratação de financiamento de terceiros, quais sejam, cessão de crédito; cessão de posição contratual; estipulação em favor de terceiros; e cessão fiduciária de créditos.⁴⁴ A partir da análise das características dos referidos contratos, o autor concluir que a cessão da posição contratual e a estipulação em favor de terceiros não seriam adequados para o financiamento de arbitragens.

Com relação à cessão da posição contratual, a sua inadequação decorre do fato que, ao assumir a posição da parte financiada no contrato o financiador assume elementos ativos e passivos, o que seria inadequado para a maioria dos casos de financiamento de arbitragens. Já a figura da estipulação de terceiros seria inadequada por dois motivos: a existência de três personagens contratuais claros, quais sejam, estipulante, promitente e beneficiário, o que, em geral, não ocorre nos acordos de investimento em arbitragens; bem como o caráter sinalagmático do financiamento de terceiros, tendo em vista que o agente financiador tem o dever de custear o procedimento arbitral, o que não se verifica na estipulação em favor de terceiros, em que o terceiro nada tem a fazer, apenas exigir.

Assim, conclui que a figura adequada seria a da cessão de

⁴³ CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Financiamento de litígios por terceiros (third-party litigation funding) em processos cíveis (judiciais e arbitrais)*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção de título de Mestre em Direito, p. 63.

⁴⁴ CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem e acesso à justiça: o novo paradigma do third party funding*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 213.

crédito, sendo que, na modalidade de cessão fiduciária, há ainda uma vantagem adicional decorrente da sua combinação com a figura da alienação fiduciária. Portanto, a despeito de todas as hipóteses de cessão de crédito serem adequadas para o financiamento de arbitragens, a cessão fiduciária seria a forma mais apropriada se se pactuar o investimento.⁴⁵

Ainda no que tange à estrutura do investimento, verifica-se que o mesmo pode ser pactuado em duas modalidades: *non-recourse*, ou seja, sem qualquer retorno para o financiador em caso de derrota no procedimento arbitral; ou *recourse*, em que ao menos o valor investido, com consectários legais, será devolvido ao financiador na hipótese de a parte financiada não lograr êxito ao final do procedimento.

No nosso entendimento, o financiamento sem retorno do valor investido é o que promove o maior alinhamento entre financiador e financiado. Como dito em linhas acima, uma das grandes vantagens do financiamento de arbitragens é justamente a divisão de riscos. O financiamento sem retorno do valor investido faz com que haja maior divisão de riscos entre financiador e financiado, o que, inclusive, possibilita um maior retorno financeiro para o financiador, já que o risco assumido é muito mais elevado.

Ainda no que tange ao alinhamento entre a parte financiada e o financiador, o ideal é que o retorno financeiro do financiador represente um percentual minoritário do proveito econômico obtido pela parte com a condenação no procedimento arbitral. Isso porque o financiador não é parte nem no procedimento arbitral, nem no litígio, sendo certo que a contratação de um financiamento de forma que o percentual da parte fique minoritário, ou muito reduzido, pode levar a perda do estímulo e interesse da parte na defesa dos seus direitos, reduzindo as chances de êxito e prejudicando o próprio financiador, especialmente em casos de financiamento na modalidade *non-recourse*.

7. O desenvolvimento do *third party funding*

O *third-party funding* tem origem em países de *common law*, notadamente Austrália, Inglaterra e Estados Unidos. No entanto, o

⁴⁵ Idem, p. 220.

caminho para o desenvolvimento da prática enfrentou alguns óbices, especialmente no que concerne a vedação das práticas de *champerty* e *maintainance*, cujas origens remontam as práticas inglesas na Idade Média.⁴⁶

Conforme destaca Marcel Cardoso: “Brevemente, *maintenance* é a prestação de assistência financeira à um litigante em um caso no qual o financiador não tenha interesse direto; enquanto *champerty*, uma espécie do gênero *maintenance*, é prestar tal assistência com expectativa de um retorno financeiro”.⁴⁷ Ambas as práticas foram vedadas na Inglaterra, inclusive com a sua criminalização, sendo que a proibição chegou aos Estados Unidos e demais países de tradição de *common law*. Em 1997, com o advento do *Criminal Law Act* de 1967, decidiu-se pela abolição dos crimes de *maintenance* e *chaperty*, sem prejuízo da análise pontual de violação da ordem pública decorrente de tais práticas. Assim, atualmente, o entendimento dominante na Inglaterra e parte dos Estados Unidos é que as proibições às práticas continuam a existir como questões de ordem pública, possibilitando que as contes invalidem contratos de financiamento caso o financiador exerça controle excessivo sobre o litígio.

Superada a ilegalidade da prática, é notório o desenvolvimento do financiamento de terceiros, que se espalhou não só pelos países de *common law*, mas atingindo também países de cultura de *civil law*. Não só os grandes bancos e seguradoras passaram a destinar parte de seus investimentos para litígios alheios, mas diversos investidores começaram a se organizar e se estrutura especificamente para a realização de *fundings* de litígios judiciais e arbitrais.

Destacam-se como *players* no mercado de *funding* internacional: Woodford Litigation Funding (Inglaterra);⁴⁸ Burford Capital (Inglaterra);⁴⁹ Vannin Capital (Inglaterra);⁵⁰ Harbour

⁴⁶ Para uma leitura mais detalhada da história do *champerty* e *maintainance*, novamente remetemos à leitura da dissertação de mestrado de Marcel Cardoso: CARDOSO, Marcel Carvalho Engholm. *Financiamento de litígios por terceiros (third-party litigation funding) em processos cíveis (judiciais e arbitrais)*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção de título de Mestre em Direito.

⁴⁷ Idem, p. 14.

⁴⁸ <http://woodsfordlitigationfunding.com/>

⁴⁹ <http://www.burfordcapital.com/>

⁵⁰ <http://vannin.com/>

Litigation Funding (Inglaterra);⁵¹ Juridica Asset Management (Estados Unidos);⁵² IMF Bentham (Australia),⁵³ Foris AG (Alemanha),⁵⁴ dentre outros.

Usualmente as empresas se utilizam de um fundo de investimentos para a realização do *funding*. As estratégias de investimento podem variar desde a realização da análise criteriosa das demandas caso a caso, como a análise de um portfólio de casos envolvendo uma tese específica. Nos Estados Unidos é comum, ainda, o financiamento de *class actions* especialmente tendo em vista que tais demandas possuem hipóteses de cabimento mais abrangentes do que as ações coletivas brasileiras e um elevado custo para o seu ajuizamento e acompanhamento.

Se no mercado internacional o *third-party funding* já é uma realidade, o mesmo não pode se dizer do mercado brasileiro. Inicialmente, conforme dito em linhas acima, ao menos a curto prazo, demandar no judiciário não requer elevados investimentos. No entanto, especialmente diante da crise financeira que assola o país nos últimos anos, o mercado de arbitragem passou a figurar como campo fértil para o desenvolvimento do *third-party funding*.

Atualmente, a única empresa brasileira que oferece o *third-party funding* de forma estruturada, ou seja, possui uma equipe própria e um fundo de investimentos específico para a realização de investimentos em *third-party funding* é a Leste.⁵⁵ A análise dos potenciais ativos é feita de forma detalhada e leva em consideração especialmente: a) a qualidade do direito envolvido; b) o conjunto probatório existente para a comprovação do direito; c) os profissionais envolvidos na defesa da parte financiada; d) a capacidade de crédito da parte contrária.

8. Regulamentação do financiamento de terceiros

Em decorrência do caráter inovador da prática do *third-party funding*, especialmente em arbitragens, a sua regulamentação é escassa. Na Inglaterra e no País de Gales foi criada uma associação de *litigation funders* (*the association of litigation funders – ALF*),

⁵¹ <https://www.harbourlitigationfunding.com/>

⁵² <http://juridica.us/contact.html>

⁵³ <http://www.imf.com.au/>

⁵⁴ <https://www.foris.com/>

⁵⁵ <http://www.leste.com/eng/>

que criou um código de conduta para regulamentar a atuação de seus associados. Todos os associados necessariamente aderem ao código, que trata de questões como controle da estratégia processual do caso, aprovação de acordos e desistência de demandas. Nos Estados Unidos, foi igualmente criada uma associação de financiadores de litígios, a *American Legal Finance Association -ALFA*, a qual igualmente possui um código de conduta para os seus associados, disciplinando questões relacionadas às melhores práticas do mercado de *funding*.

O movimento dos *funders* em se organizar em forma de associação de forma a evitar a regulamentação externa demonstra uma postura interessante de proteger o mercado antes da imposição de regulamentação mais onerosa aos financiadores, o que poderia pôr em risco o próprio mercado de financiamento de litígios.

Por sua vez, Singapura e Hong Kong optaram por tomar a via oposta e editaram novas previsões legais com relação ao tema do financiamento de litígios por terceiros. Antes da reforma legislativa, Singapura proibia a prática do financiamento de litígios e Hong Kong qualificava a prática tanto como uma sanção processual quanto uma infração penal, com três hipóteses subjetivas de ressalvas: (i) quando um terceiro tinha um interesse legítimo no resultado do litígio; (ii) quando uma parte devia ser autorizada a obter financiamento por terceiro, de modo a permitir-lhe ter acesso à justiça; e (iii) sob certas exceções reconhecidas, incluindo processos de insolvência. A influência da vedação das práticas de *maintanance* e *champerty* advindas dos países de *common law* foram determinantes para a inicial proibição do financiamento de litígios.

Portanto, verifica-se que, em ambos, a inovações legislativas foram essenciais para o próprio desenvolvimento do financiamento de litígios por terceiros. Em Singapura, foi aprovada a Civil Law (Amendment) Bill (Bill No. 38/2016), que entrou em vigor em março de 2017. Em síntese, a lei afasta a ilicitude das práticas de *champerty* e *maintenance* e confirma que o *third party funding* não é contrário à ordem pública ou ilegal. Não obstante a *Civil Law (Third-Party Funding) Regulations*⁵⁶ regulamentou e restringiu as

⁵⁶ <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=3dcf06dd-e67f-46f0-b959-f1036c26db2d;page=0;query=DocId:0e1c0197-66fc-4b85-a665-78ab37b79607%20Depth:0%20ValidTime:24/02/2017%20TransactionTime:24/02/2017%20Status:published;rec=0>

hipóteses de admissão do financiamento, dispondo de um rol taxativo de espécies de litígios para os quais o financiamento não é considerado prática ilícita, quais sejam: i) arbitragens internacionais; (ii) ações judiciais, decorrentes ou relacionadas a arbitragens internacionais; (iii) mediações, decorrente ou relacionadas a arbitragens internacionais; (iv) ações de execução específica de compromisso arbitral; e (v) ações de execução de sentença arbitral. Ou seja, somente em casos envolvendo arbitragem e mediação, bem como demandas judiciais decorrentes de arbitragens, o *third-party funding* é admitido.

Em Hong Kong, foi editado o *Arbitration and Mediation Legislation (third-party funding) (amendment) Bill 2016*.⁵⁷ O objetivo principal da lei é assegurar que o *third-party funding* em arbitragens e mediações não é obstado em razão das doutrinas de *maintenance* e *champerty*. A lei traz as definições de *third-party funding*, contrato de *funding*, *funded party* e do *third-party funder*. Da mesma forma, a legislação prevê a possibilidade de o órgão competente editar um código prático para a realização do *third-party funding*, disciplinando as melhores práticas e *standards* para a prática do *funding*. Não obstante, a própria lei dispõe que a não observância do código prático não implicará qualquer forma de responsabilização de qualquer parte, mas poderá ser levado em consideração pelo tribunal arbitral.

Importante, ainda, a regulamentação sobre a necessidade de revelação sobre a existência de um terceiro financiador em procedimentos arbitrais. A legislação, por outro lado, limita o escopo da revelação ao fato de existir um contrato de *funding* e o nome do *funder*. No entanto, a própria lei afasta qualquer responsabilização pela não observância das regras de revelação.

Assim, da experiência prática vivenciada no estrangeiro, verifica-se que há dois caminhos possíveis no que tange à regulamentação do *third-party funding*: a regulamentação interna, pelos próprios financiadores, por meio da criação de um código de ético, ou um código de boas práticas: a regulamentação por meio de um órgão externo, seja pelo poder legislativo, seja por outros órgãos com poderes regulamentares.

No Brasil, principalmente diante do caráter incipiente do mercado, não há qualquer norma regulamentar cogente ou mesmo

⁵⁷ <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf>

qualquer código de ética ou de conduta para a realização de financiamentos de litígios (em sua modalidade típica). Em 2016 foi editada a Resolução Administrativa nº 18/2016 do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) a respeito da existência de financiamento de terceiro em arbitragens administradas pelo CAM-CCBC. A Resolução recomenda às partes que informem a existência de financiamento de terceiro ao CAM-CCBC na primeira oportunidade possível, apresentando a qualificação completa do financiador.

De fato, a preocupação refletida na dita Resolução é justamente com o potencial conflito de interesses que o financiamento de litígios por terceiro pode criar, gerando dúvida razoável sobre a imparcialidade ou independência dos árbitros, em razão de possível relacionamento prévio ou atual entre o árbitro e o terceiro financiador.⁵⁸ A revelação visa justamente possibilitar a revelação de potenciais conflitos pelos árbitros, que jamais poderiam fazê-lo sem a ciência da existência do financiador.

Ainda assim, verifica-se que a previsão tem caráter apenas de recomendação, sem caráter cogente, permanecendo verdadeira a afirmativa no sentido de que o mercado brasileiro de *third-party funding* não é regulamentado. No entanto, não entendemos que a ausência de regulamentação seja algo negativo. Muito pelo contrário. Diante da ausência de um mercado estabelecido, os problemas aventados e que podem dar azo a algum tipo de regulamentação são eminentemente teóricos.

Assim, a regulamentação antes mesmo da efetiva aplicação prática do *third-party funding* poderia produzir efeito reverso, inibindo por completo o desenvolvimento de um mercado que, pela prática observada em diversos países, só vem a fortalecer e estimular a prática da arbitragem.

⁵⁸ Importante observar que o tema da revelação da existência do terceiro financiado é altamente complexo e mereceria um artigo próprio para o adequado desenvolvimento. Assim, pela limitação do escopo do artigo, o tema não será abordado de forma aprofundada. Sobre o tema, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: FERRO, Marcelo Roberto, O Financiamento de Arbitragens por Terceiro e a Independência do Árbitro in MONTEIRO DE CASTRO, Rodrigo Rocha et al (orgs.) Direito Empresarial e outros Estudos de Direito em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

Considerações finais

A arbitragem é um instituto adequado para alguns tipos de disputas, em especial àquelas envolvendo contratos internacionais, complexos e/ou partes sofisticadas. A inserção de uma cláusula compromissória em um contrato deve ser refletida e a opção desta forma de solução de controvérsia vincula às partes. Tendo em vista que uma disputa pode surgir muito tempo após a celebração do contrato, o risco da alteração da situação econômica das partes deve ser considerado também no ato de opção deste método e solução de disputas. Eventual provisionamento de valores para arcar com as custas de um litígio arbitral podem e devem ser considerados neste momento.

A possibilidade de recurso ao mercado, seja por meio de busca de crédito para arcar com os custos financeiros de uma disputa arbitral, seja por meio de um contrato de financiamento de terceiro são opções disponíveis. No entanto, além dos custos financeiros destas operações, estes dependem da situação financeira da parte ou da possibilidade de êxito na arbitragem e não são alternativas garantidas.

DO FAVOR DEBITORIS DAS FONTES ROMANAS À JUSTIÇA CONTRATUAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Kelly Cristina Canela*

Sumário: Introdução. 1. Do *Favor Debitoris* no Direito Romano. 2. Do Adimplemento Substancial. 3. Do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Conclusão. Referências.

Introdução

O completo adimplemento da obrigação é a regra no Direito, desde a antiguidade: *pacta sunt servanda*.

O objeto da presente pesquisa busca analisar o princípio *favor debitoris*, partindo do seu desenvolvimento no Direito Romano, até chegar no direito contemporâneo. São analisados especificamente alguns temas relacionados ao citado princípio e extremamente relevantes para solucionar problemas derivados de desproporções existentes na relações contratuais na sociedade pós-moderna: a teoria do adimplemento substancial e o estatuto jurídico do patrimônio mínimo.

O *favor debitoris* é um princípio geral do direito das obrigações já existente no Direito Romano¹ e facilmente verificado no Direito Contratual Contemporâneo de diversos ordenamentos jurídicos nacionais, bem como nos Princípios da *Unidroit*.

A finalidade deste princípio é proteger o devedor de abusos ou de determinadas circunstâncias em que a leitura restrita de princípios racionais dificultaria demasiadamente a sua liberação do vínculo obrigacional.² Neste sentido, pode-se afirmar que o cumprimento do contrato deve ser o menos oneroso possível para o

* Professora Assistente Doutora do Departamento de Direito Privado de Processo Civil e do Trabalho da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Unesp, campus de Franca.

¹ Segundo MOREIRA ALVES, José Carlos. O *Favor Debitoris* como princípio geral de direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 26, 2004, pp. 4-6, embora a expressão “*favor debitoris*” seja moderna, o princípio já existia na Roma Antiga. Há inúmeros textos romanos que utilizam a palavra *favor* seguida de genitivos, como em *favor libertatis*, *favor populi* etc. Além disso, são variadas as normas de favorecimento do devedor no direito romano. Consoante o entendimento deste romanista, o *favor debitoris* é “um princípio geral do direito, compreendido este como o que se obtém por um processo de indução e generalização das normas explícitas do ordenamento jurídico”.

² *Ibid.*, p. 6.

devedor hipossuficiente e de boa-fé. Busca-se a igualdade material nas relações contratuais.

Deste princípio derivam importantes institutos jurídicos destinados à promoção da dignidade humana do devedor através de uma relação contratual justa. Neste sentido, pode-se mencionar a resolução dos contratos por onerosidade excessiva, a lesão, a redução equitativa da cláusula penal, a impenhorabilidade do bem de família, proibição do anatocismo etc.

O princípio em tela também possui importantes desdobramentos no âmbito do Direito Processual Civil, especificamente no que tange aos casos de impenhorabilidade absoluta, como o caso do bem de família ou dos bens necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão, dentre outros. Além disso, consoante o art. 620 do CPC, quando credor puder promover a execução através de diferentes meios, o juiz deverá mandar “que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

A pesquisa em tela foi realizada, no tocante ao direito romano, através das fontes romanas, da doutrina romanística e de artigos científicos publicados em revistas jurídicas. No que tange ao direito moderno, houve o estudo das legislações brasileira e estrangeira, bem como das respectivas doutrinas. Para tanto, método utilizado foi o cronológico, pois foram estudados os institutos jurídicos consoante a sua evolução na escala do tempo. Posteriormente, realizou-se os estudos das diferentes soluções apresentadas pelas doutrinas analisadas. Trata-se do método dialético. Ressalta-se, ademais, o estudo da jurisprudência nacional e estrangeira. Finalmente, foi observado o método comparatístico, seja através da comparação do direito nacional com o direito antigo, seja através do direito comparado.

1. *Do favor debitoris no direito romano*

No direito romano, o rigor do direito (*iuris rigor*) era atenuado pela jurisprudência ou pelo legislador, através de benefícios concedidos, ou *causae favorabilis*, usando a expressão de Scialoja³. Como exemplos de tais causas, pode-se mencionar, v. g., o *favor debitoris*, o *favor dotium*, o *favor liberorum*, o *favor*

³ SCIALOJA, Vittorio. *Negozi Giuridici*, n. 94, 5ª ed., Roma: “Foro Italiano”, 1950, p. 342.

populi e o *favor religionis*. Tais benefícios constam expressamente nas fontes romanas.⁴

Segundo Moreira Alves⁵, contrariando o posicionamento de Vincenzo Giuffrè⁶, tais *causae favorabilis* não eram uma exceção à lógica presente na técnica jurídica. No que tange ao *favor debitoris*, por exemplo não se eliminavam as rígidas normas concernentes ao direito de crédito, mas, à luz da proibição de abusos e iniquidades, tornava-se a aplicação destas menos inexorável.

Neste sentido, alguns autores entendem que tal “princípio” de tutela do devedor, o qual não excluiria outros princípios de tutela do crédito, seria o fruto de uma elaboração do direito romano cristão, tendo sido ampliado no direito justiniano⁷.

Há entendimento doutrinário, porém, em defesa da tese de as causas favoráveis não necessariamente derivariam exclusivamente de sentimentos religiosos e humanitários. Este é o posicionamento de Moreira Alves:

Se essa tendência de favorecimento ao devedor resulta, no direito romano pós-clássico e justiniano, principalmente de princípios de benevolência cristã, não quer isso dizer, no entanto, que ela tenha de decorrer necessariamente de sentimentos religiosos ou humanitários. A mesma *causa favorabilis* pode explicar-se, conforme a sua aplicação, por motivos diversos, nem sempre facilmente identificáveis, até porque podem eles ser cumulativos. O que importa, realmente, é que o rigor do direito se haja rompido pela *causa favorabilis* – o favorecimento do

⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o do direito romano ao direito latinoamericano, pp. 77-120. In: SCHIPANI, Sandro (org.). Debito Internazionale Principi Generali del Diritto. Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani. Padova: CEDAM, 1995, p. 77. Cf. Ulp. 5 *fidei*, D.40,5,24,10; Sent Paul. 2,23,2; Ulp. D.7,1,17 e D.11,7,2,7. Sobre a construção romana do termo *favor*, acrescenta o mesmo autor (p. 78): “... para que, nas fontes romanas, se utilize da expressão *favor* como fundamento que inspira a jurisprudência ou o legislador, não é necessário que ele seja o único capaz de justificá-la em contraposição ao preceito comum a ser atenuado, mas basta que tenha sido levado em conta por uma ou por outro, que poderiam ter chegado também ao mesmo resultado com a aplicação de algum princípio jurídico, por não ser a interpretação dada ou a norma estabelecida absolutamente destoante da lógica jurídica”.

⁵ MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor cit., p. 77.

⁶ GIUFFRÈ, Vincenzo. Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1999, pp. 172-175.

⁷ BIONDI, Biondo. Il diritto romano cristiano. III. La famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto Pubblico. Milano: Giuffè, 1954, pp. 218-221, e KASER, Max. Das römische Privatrecht. § 253, IV. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, p. 239.

devedor, em se tratando do *favor debitoris* – e não por fundamento que dela prescindia totalmente.

A *obligatio* romana segundo o *ius civile*, baseada no vínculo entre pessoas e, portanto, na execução pessoal ou na escravidão por débitos, era inflexível e voltada ao seu escopo: realizar a prestação⁸. Os meios para tanto eram fornecidos pela legislação. Este rigor era atenuado, porém, por exigências de ordem social e através da legislação comicial e pretoriana. Desta forma, o direito passou a se ocupar, pelo menos aparentemente, não apenas dos direitos do credor, mas também da condição social do devedor, equilibrado as posições de devedor e credor⁹.

Esta alteração, sustenta Biondi¹⁰, teria ocorrido definitivamente com o advento da legislação cristã. Porém, afirma o autor, o direito romano pagão, influenciado por questões político sociais, também teria vivenciado algumas intervenções legislativas para atribuir justiça nas relações obrigacionais com, por exemplo, as atenuações das execuções pessoais. Neste sentido, pode-se mencionar a *lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), a qual aboliu o *nexum*, alterando o conceito de obrigação de vínculo pessoal para vínculo obrigacional¹¹, e as várias *leges fenebres*¹².

Importa destacar, porém, que a introdução da execução patrimonial, no período republicano, sem a exclusão da execução pessoal¹³ (permanecia a execução pessoal se fosse exigida pelo credor), teria sido introduzida primeiramente em benefício do próprio credor, visto que ele passaria a receber o equivalente ao devido em direito, não havendo, assim, qualquer prejuízo. Por outro lado, os institutos *cessio bonorum*¹⁴ e *beneficium*

⁸ Esta rigidez do sistema de cumprimento das obrigações aparece claramente no processo de execução do devedor previsto na Lei das XII Tábuas, 1-6.

⁹ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 217.

¹⁰ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 217.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *As normas de proteção ao devedor cit.*, p. 81.

¹² O mesmo autor ainda cita o *SC. Macedonianum* mencionado em Tácito, *Ann.*, 11, 13: “*et lege lata saevitiam coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis/familias fenori darent*”/ He checked by legislation extortion on the part of creditors, prohibiting loans to a minor, repayable at the father’s death. Cf trad. Inglesa de JACKSON, John. *Tacitus in five volumes IV The annals books IV-VI, XI-XII*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 269.

¹³ A execução pessoal por dívidas esteve presente no direito italiano até o Código Civil de 1865.

¹⁴ Introduzida por uma *lex Iulia* do período de Augusto.

*competentiae*¹⁵ foram os instrumentos utilizados pelo devedor para evitar seja a execução pessoal, seja a infâmia¹⁶.

No período do Principado, todavia, não há muitos rastros de tutela do devedor. Biondi, baseando no trabalho realizado por Brassloff, menciona apenas o instituto da *querela non numeratae pecuniae*¹⁷.

Biondi considera que, com a legislação romana cristã, não houve apenas uma evolução do tema, mas sim uma radical revolução (*radicale rivolgimento*): permaneceram os institutos, mas eles tiveram a sua estrutura totalmente reformulada. Além disso, a lei equiparou a condição jurídica do credor e do devedor e tendeu a tutelar este último, considerando-o hipossuficiente (*situazione di debolezza e di inferiorità*), inspirada nas noções cristãs de benevolência, compaixão e caridade e na razão superior de humanidade e misericórdia¹⁸.

É exatamente imbuído neste contexto que surgiu o *favor debitoris* como uma nova orientação no direito das obrigações, diversa da concepção “*rigidamente logica*” do período clássico. A lei não passou a exigir do credor o cumprimento do dever evangélico de “perdoar os débitos”, mas estabeleceu regras mais humanas no tocante ao adimplemento das obrigações¹⁹.

Na legislação justiniana aparece a vedação à *nequitia creditorum*²⁰ e à *voracitas credentium*²¹. Neste sentido, pode-se mencionanr, v. g., as seguintes fontes:

¹⁵ Introduzida no período clássico, sofrendo importantes avanços com Justiniano, influenciada pela caridade cristã. Tratava-se da condenação limitada ao *in id quod facere possunt*.

¹⁶ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 218.

¹⁷ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 218.

¹⁸ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, pp. 218-219. A lógica do raciocínio seria que assim como o proprietário não pode exercer de forma absoluta os seus poderes inerentes ao direito de propriedade, da mesma forma, não pode o credor exigir sempre e em todas as circunstâncias a plenitude da prestação que lhe é devida. Sobre a questão, afirma o autor: “*La legge se talvolta colloca sullo stesso piano debitore e creditore, nel senso che, rispetto a determinate situazione, il medesimo principio vale per l’uno e per l’altro, presenta in generale un ordinamento ispirato a benevolenza e compassione verso il debitore. L’esercizio del diritto di credito non si rinnega ma si rende meno inesorabile. Le legge considera il debitore come persona che si trovi in una situazione di debolezza e di inferiorità, e quindi meritevole di particolare protezione, al pari di tutti i deboli e bisognosi (...)*”.

¹⁹ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, pp. 219 e 221.

²⁰ Cf. Nov. Valent. 12 pr. De 443; C.2,50(49),1; C.4,62,4; Nov. Val.22,3; Theod. Val. 446.

²¹ Cf. C.2,13(14),2

Nov. 163, de 575:

Os maiores bens entre os homens são a justiça e a humanidade, uma de que dá a cada um o que é seu e não deseja o alheio, e a outra que se inclina à misericórdia e livra de grandes dívidas os necessitados. Estas coisas ornaram o e fortificam império, conservam a república, e regem bem a vida humana. Porque também nós, que recebemos de Deus o cetro, temos grande empenho em nos distinguir por tais bons fatos e sendo útil aos nossos súditos, em ter a remuneração da virtude e da glória. E sabemos que os mútuos e diversos quebrantos dos homens reduziram a tanta escassez as posses, que não se podiam produzir deles rendas para seus donos, nem pagar adequadamente os tributos públicos, e havendo gasto impostos militares e outros necessários e vendo-nos visto com frequência obrigados e rodeados por muitas guerras e a gastar muito dinheiro. Assim, pois, com frequência temos pensado de que modo poderia lograr de satisfazermos a necessidade e remediarmos a pobreza dos súditos e sendo solicitada em diversas direções sobre este ponto nossa opinião, prevaleceu sem embargo que atenderíamos à humanidade e apresentássemos aos súditos auxílio que agradasse a Deus e que mais bem entregássemos dos tesouros imperiais o que faltasse para os gastos comuns.

Nov. 33, de 535:

Por causa da avaria dos credores que, abusando da penúria dos tempos, adquirem para si as terras dos infelizes agricultores, retendo todos os bens destes por um pouco de grão, estabelecemos uma lei que primeiramente aplicamos, em verdade, a Trácia e a todas as suas províncias e no presente também às províncias pátrias de Ilíria. E mandamos que um exemplar dela vá também ao pé da presente lei, afim de que certamente não julguem os homens privados que a lei foi estabelecida apenas contra eles, mas os militares, que se aparam na mais alta prerrogativa, não estimem que a lei foi promulgada contra eles [...].

Nov. 34, de 535:

Uma coisa dura e desumana e que se faz sobrepujando a toda a impiedade e avareza, temos considerado que se deve

corrigir por uma lei muito salutar dando a todos comum remédio não apenas para o tempo da presente necessidade, mas também para toda a idade futura. Porque chegou aos nossos ouvidos, que nesta mesma província, que administras, alguns, tendo esperado com avareza a necessidade dos tempos, fizeram contratos de empréstimos de interesse para alguns e, dando-lhes pouca quantidade de frutos, quitaram suas terras, e que por esta causa alguns colonos buscaram a fuga e que outros pereceram de fome, e que invadiu aos homens tristíssima peste, não menor que a invasão dos bárbaros.²²

É importante destacar que o reconhecimento de um verdadeiro princípio do *favor debitoris* não significou a relativização do liame obrigacional ou do *pacta sunt servanda*. Pelo contrario, com a evolução do direito obrigacional, pode-se afirmar que houve mesmo um recrudescimento dos requisitos para a eficácia da obrigação, especialmente no que tange à forma dos atos jurídicos, e o reconhecimento de novas figuras, bem como a ampliação das obrigações naturais. Quanto a estas, dado o seu fundamento ético e à ideia de que um dever ético não pode ser anulado, não havia a sujeição ao *favor debitoris*²³. Também baseada no fundamento ético que possui, a obrigação alimentar da mesma forma ganhou maior força²⁴.

Em resumo, segundo Biondi²⁵, “*il favor debitoris non preclude lo sviluppo dell’istituto sotto l’aspetto tecnico, ma importa soltanto benevolenza, compassione, umanità verso il debitore, allo scopo di reprimere quello che possa essere esosità o voracità del creditore*”.

Muitos dos princípios e institutos do *favor debitoris* foram introduzidos pelos imperadores cristãos, a iniciar com Constantino, mas muitas das fontes sobre este tema são indicadas pela doutrina como interpolações²⁶.

Com a consolidação do *favor debitoris*, através da legislação pós-clássica e justiniana, houve, porém, uma ruptura da rigorosa lógica presente no sistema das obrigações do direito romano

²² BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., p. 220, afirma que desta fonte parece ecoar a passagem bíblica Luc. 6,24.

²³ CF. Paul. 3 *quaest.* D.12,6,60 pr..

²⁴ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., p. 220.

²⁵ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., p. 220.

²⁶ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., p. 220.

clássico, pois o legislador romano buscou, em primeiro lugar, “*affrontare il problema humano del debitore*”, e não a construção geométrica, calculada, de um sistema jurídico. Como afirma Biondi, “(...) *la logica ci perde, ma la giustizia ci guadagna. Non è immolata la giustizia, ma la logica rigorosa*”²⁷.

Segundo Biondi, a única explicação plausível para esta revolução jurídicas seria a influência do pensamento cristão, baseado na humanidade, na caridade e na misericórdia. De fato, diversas passagens propagam a ideia do perdão dos débitos, a não exploração dos mais fracos, o dever de compaixão. Teria ocorrido a transfusão deste ideal ao sistema jurídico²⁸.

Como exemplo de aplicação do *favor debitoris*, pode-se mencionar, como momento inicial, a proibição da ganância no tocante ao uso da *lex comissoria* em tema de penhor por determinação de Constantino²⁹.

Além disso, cabe destacar a proibição do cárcere em caso de dívida e de tratamento desumano do devedor³⁰. Entretanto, tais benefícios não eram aplicados a alguns devedores: devedor do fisco, detentores de coisa móvel alheia e aqueles que fizeram a *cessio bonorum*³¹.

A Igreja³² condenou duramente a perseguição e o cárcere privado dos devedores, havendo a mesma proibição no direito temporal³³.

Cabe mencionar ainda a medida de punição nos casos de impedimento de sepultura do devedor, antes permitido no direito

²⁷ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 221.

²⁸ O autor justifica seu pensamentos através de fontes do Velho (mais realista, portanto, mais jurídica) e do Novo testamento, bem como na doutrina dos Doutores da Igreja: Ex.22,25; Deut.15,1-3; Mat. 18,27; Agost., *Sermo* 239,45; *Quaest. in Heptateuchum* 5,41; contra Faustum 19,25; S. Jerônimo *comm in Isaiaem* 16,58. Cf. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, pp. 221-222: “*Questi precetti non potevano non avere larga ripercussione sullalegislazione, dove troviamo una serie cospicua di precetti e misure favorevoli al debitore, che in definitivo importano un notevole indebolimento del vincolo obbligatorio per ragione umanitarie*”.

²⁹ C.8,34,3, de 313.

³⁰ C.10,19,2, de 320; C.12,57,1, de 315; C.7,62,12; CT.11,7,7, de 352. Fontes citadas por Biondi, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 223.

³¹ CT.4,20,1; *Grat. Valentin Theod.* 379. Cf. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 223.

³² S. Ambrósio PL14, 766; de Tobia 8,29;33; PL14,807,808. Cf. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano cit.*, p. 224.

³³ C. 9,5 (*de privatis carceribus inhihendis*). Trata-se de um título próprio sobre este tema.

pagão³⁴.

É interessante ressaltar um limite estabelecido para a execução patrimonial por razões humanitárias: os instrumentos de trabalho de devedor eram excluídos da execução³⁵.

Importante destaque pode ser dado à repressão à *voracitas creditorum*, inclusive pela implicação prática hodierna. Desta forma, segundo a famosa *lex Anastasiana*, presente em várias legislações modernas, o cessionário de um crédito apenas pode acionar o devedor pela soma paga ao cedente³⁶.

A família do devedor também era tutelada por questão de *humanitas* reconhecida pelo direito. Assim, o credor deveria respeitar o período de luto, tradicionalmente de nove dias, para acionar os herdeiros juridicamente ou com outros meios, com o objetivo de obter a prestação. Qualquer ato realizado antes deste período era considerado nulo³⁷. Da mesma forma, o credor que entrava na casa do devedor falecido, perturbando os familiares sem haver nem mesmo uma autorização legal para tanto, era punido com a perda do que era devido em favor dos herdeiros, com a infâmia e com o confisco de um terço do seu patrimônio³⁸.

Alguns benefícios ao devedor também foram concedidos durante o período do direito romano cristão. Além da necessária aplicação da *interpellatio*, em alguns casos, um breve atraso deixava de provocar necessariamente os efeitos da mora³⁹.

Outro tema relevante de incidência do *favor debitoris* diz respeito à responsabilidade civil do devedor. Num sentido de humanização e moralidade, estabeleceu-se um limite para a fixação do *quantum debeatur*. A indenização não podia ser superior ao dobro (*duplum*) do quanto devido⁴⁰.

³⁴ Ed. Theod. 75: "(...) *sepeliri mortuum quasi debitorem suum adserens prohibuerit*"; C.9,19,6.

³⁵ C.8,16,7, de 315.

³⁶ C.4,35,22, de 506.

³⁷ Nov.115,5,1, de 542.

³⁸ Nov. 60,1, de 537. Vide ainda D.4,2,13 e D.48,7,7: nestas duas fontes, porém, o fundamento não é humanitários, como no caso da Novela, mas sim a proibição de agir com a própria autoridade, sem autorização jurídica. Cf. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., p. 227.

³⁹ Scaev. 5 resp. D.45,1,135,2 e Ulp. 34 ad ed. D.22,1,21.

⁴⁰ Cf. C.7,47, de 531. Sem mencionar o critério do dobro, mas limitando a quantidade da indenização, pode-se mencionar as seguintes fontes: D.19,1,43-44; D.20,1,16,6; D.39,2,40 pr; D.19,2,55,2; D.19,1,21,3; D.18,6,20 (19) e C.8,38(39),9. Sobre a coerência desta disposição sobre o *duplum*, a doutrina romanística apresenta grande divergência de

Também por questões humanitárias, surgiram disposições legais com o objetivo de relativizar a faculdade do credor de exigir a prestação na sua inteireza, da quais podemos citar o *beneficium competentiae*⁴¹ (com Justiniano, significou reserva do *aliquid sufficiens ne egeat*) e o *pactum ut minus solvatur*⁴².

O *favor debitoris*, no período de Justiniano, pode ser verificado em outras situações extremamente atuais: proibição à usura e ao anatocismo, à lesão enorme (*laesio enormis*) e à *lex commissoria*. Além disso, este imperador reduziu a taxa de juros de 12% para 6%⁴³.

Como se observa, o estudo do *favor debitoris* no direito romano revela uma grande riqueza de institutos e soluções jurídicas. E, assim como no passado, a tutela do devedor é um tema extremamente relevante seja para o direito nacional – diversas manifestações deste princípio estão presentes nos códigos civis modernos, os quais destacam a defesa dos hipossuficientes – seja para o direito internacional, especificamente no que tange ao débito internacional.

2. Do adimplemento substancial

A teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*⁴⁴) tem como objetivo exigir o efetivo cumprimento de uma obrigação após a satisfação de significativa parte do contrato. Ela se fundamenta nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, bem como na teoria do abuso do direito. Trata-se de uma exceção ao princípio da integralidade do pagamento no caso de descumprimento de parte mínima.

O tema é ainda não é suficientemente discutido pela doutrina nacional, restando controvertido na jurisprudência. Esta teoria não

posicionamento, partindo da utilidade à ilogicidade da medida. Cf. BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano* cit., pp. 232-233, o qual ainda afirma que “è stato detto a questo proposito non a torto che Giustiniano continua ed accresce il processo di socializzazione e moralizzazione del diritto privato”.

⁴¹ D.42,1,16; D.17,2,63,3; D.42,1,19,1.; D.50,17,173 pr.

⁴² D.2,14,8 e19; D.17,1,58,1; C.7,71,8,5.

⁴³ MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor cit., p. 83. Cf. C.4,32,26 e 27.

⁴⁴ Esta teoria tem origem no Direito Inglês com caso Bonee v. Eyre, Lorde Mansfield, de 1779. Sobre o tema, cabe destacar uma importante contribuição da doutrina nacional: BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

possui disciplina expressa na legislação brasileira, tendo sua origem no direito inglês⁴⁵. Por outro lado, países como a Itália e a Alemanha possuem previsão expressa do instituto.

O Código Civil Italiano, no seu art. 1455 prevê, no título referente ao contratos em geral, o *inadempimento di scarza importanza* nos seguintes termos: “*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*”. O Código Civil Português utiliza a expressão adotada pelo legislador italiano, consoante o disposto no art. 802, 2: “O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”.

O §323(5), do BGB, ao disciplinar a violação irrelevante, assim determina: “*Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist*”.

A França e a Espanha não possuem previsão expressa sobre o tema.

É importante destacar que não se trata de adimplemento parcial. Neste sentido, são requisitos para a aplicação deste instituto: a) o cumprimento substancial da obrigação ou violação irrelevante ou inadimplemento de escarça importância; b) plena satisfação do credor; c) exato cumprimento da finalidade do negócio jurídico; d) conduta diligente do devedor no cumprimento da obrigação; e) equilíbrio contratual; f) não configuração de abuso do direito.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido esta teoria,

⁴⁵ Todavia, no direito estrangeiro observa-se a disciplina expressa da matéria. A título de exemplo, cabe destacar que o tema é previsto no art. 1455 do Código Civil italiano: “(*Importanza dell'inadempimento*). *Il contratto non si può risolverse se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra* (1522, 1525, 1564, 1565, 1668, 1901)”. A teoria também está presente no artigo 802º, do Código Civil português: “1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância”.

por exemplo, em casos de seguro (no caso de atraso de pagamento da última parcela)⁴⁶, de financiamento de veículo com alienação fiduciária (em caso de não pagamento da última parcela)⁴⁷.

Cabe ressaltar que existem dois Enunciados das Jornadas de Direito Civil que tratam especificamente desta teoria:

En. 361: Art. 421,422 e 475. O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva balizando a aplicação do art. 475.

En. 371: A mora do segurado; sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa fé objetiva.

A teoria do adimplemento substancial, embora não tenha expressa previsão legal no direito pátrio, tem ampla aceitação na jurisprudência nacional, sendo aplicada inclusive em outras áreas além do direito contratual, como no Direito Tributário.

3. Do estatuto jurídico do patrimônio mínimo

A tese sobre estatuto jurídico do patrimônio mínimo foi formulada por Luiz Edson Fachin⁴⁸. Em sua obra, o autor defende, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na concepção de repersonalização do Direito Civil, a existência de uma garantia patrimonial mínima, relativa às necessidades básicas, inerente a todo ser humano e que se sobrepõe aos interesses patrimoniais do credor.

Fachin justifica a sua teoria a partir de um dispositivo do Código Civil referente à doação (art. 548 do Código Civil de 2002/ art. 1175 do Código Civil de 1916-) para, através da denominada hermenêutica sistemática contemporânea, alcançar a construção de um verdadeiro princípio de tutela do devedor com base no direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o autor

⁴⁶ STJ, REsp 76.362/MT, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, jul. em 11/12/1995.

⁴⁷ STJ – Resp 272739 / MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, jul. Em 02/04/2001.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. O estatuto jurídico do patrimônio mínimo a luz do código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Esta tese foi apresentada pelo autor no seu Concurso para Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná e já é considerada um obra clássica pelo doutrina nacional.

afirma⁴⁹:

A pessoa natural ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação. Pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica intuidora dessa figura jurídica, e, para além da mera impenhorabilidade como abunação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao seu humano, superior aos interesses do credor.

Para tanto, ele diferencia as noções de propriedade e de patrimônio, afastando, deste último, a exclusiva noção de titularidade, para abarcar o o valor do mínimo existencial⁵⁰:

[...] a definição de patrimônio mínimo compreende uma titularidade geral sobre bens ou coisas, não necessariamente fundada na apropriação formal ou registral como tradicionalmente prevista nas codificações civis, a exemplo do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro. Por isso, propõe-se uma dimensão própria de patrimônio e uma compreensão semântica específica do que pode ser personalíssimo, compreendendo modos de satisfação plena das aspirações elementares ser humano. Valoriza-se, pois a substância desse direito e não apenas a forma de configuração abstrata.

Cabe destacar que este princípio aproxima-se, mas não se confunde, com os temas da impenhorabilidade do bem de família (Lei n. 8.009/90) e da pequena propriedade rural (inc. XXVI, art. 5º, Constituição Federal). Na verdade, tal princípio, apoiado em direitos fundamentais, determinaria que a aplicação das normas de Direito Civil devem garantir um mínimo de patrimônio para que o indivíduo tenha uma existência digna.

O atual Código de Processo Civil, seguindo a redação da legislação anterior, aborda no tema nos seguintes termos:

⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. O estatuto jurídico cit., p. 1.

⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. O estatuto jurídico cit., pp. 3-4.

Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis. Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

É interessante observar que os tribunais brasileiros têm ampliado este rol com o fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana. Assim, são impenhoráveis os rendimentos da aposentadoria, na medida em que forem utilizados para o “sustento do devedor e de sua família”⁵¹. Sendo o Superior Tribunal de Justiça, é impenhorável a quantia de até quarenta salários mínimos mesmo se depositados em fundos de investimentos diferentes⁵².

⁵¹ STJ, REsp 1.330.567-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, jul. em 16/5/2013.

⁵² STJ, EREsp 1.330.567-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, jul. em 10/12/2014, DJe 19/12/2014.

Conclusão

Destaca-se a importância da pesquisa histórica para a compreensão e reflexão acerca de novas temáticas contratuais.

Além disso, é possível identificar uma clara incidência constitucional no direito contratual contemporâneo, especialmente no tocante à concretização da dignidade da pessoa humana.

A aceitação do *favor debitoris*, através de diferentes institutos jurídicos, está presente na jurisprudência brasileira e indica a construção de bases sólidas, no direito brasileiro, para a efetivação da justiça contratual.

Referências

BIONDI, Biondo. Il diritto romano cristiano. III. La famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto Pubblico. Milano: Giuffrè, 1954.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*, v. 2, 3ª. Rio de Janeiro, 1976.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e a teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GIUFFRÈ, Vincenzo. Studi sul debito tra esperienza romana e ordinamenti moderni. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1999.

KASER, Max. Das römische Privatrecht. § 253, IV. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil. Do inadimplemento das obrigações*, v.4, t. 2; Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o do direito romano ao direito latinoamericano, pp. 77-120. In: SCHIPANI, Sandro (org.). Debito Internazionale Principi Generali del Diritto. Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani. Padova: CEDAM, 1995.

MOTA, Maurício. A proteção do devedor decorrente do *favor*

debitoris como princípio geral das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Diritto @ Storia*, n. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.dirittoestoria.it/5/Contributi/Mota-Favor-debitoris-principio-general-ordenamento-brasileiro.htm>>. Acesso em: 26 de jan. 2014;

SCHIPANI, Sandro (org.). *Debito internazionale principi generali del diritto*. Padua: CEDAM, 1995.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Garnier Livreiro, 1896.

PARTE IV

A CRISE BRASILEIRA, OS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO AMBIENTAL

O TRABALHO EM TEMPOS DE CRISE: DESAFIOS E RETROCESSOS IMPOSTOS PELA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

Victor Hugo de Almeida*

Resumo: O intento reformista, célere e abrangente, que laçou o Direito do Trabalho brasileiro no último mês do ano de 2016 e nos primeiros de 2017, ensaiava há décadas seu estratagemma. Como proposta para o estancamento da crise brasileira, propôs o Governo Federal no ano de 2016 uma série de austeras medidas econômicas para enfrentar o déficit das contas públicas, estimular o crescimento e frear o desemprego. Dentre essas medidas, incluiu-se a Reforma Trabalhista, consubstanciada originariamente nos Projetos de Lei nº 6.787/2017 e nº 38/2017, cuja proposta, após aprovada pelas Casas Legislativas federais, fora sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017, culminando na Lei nº 13.467/2017. O aludido Projeto de Lei sofreu, em média, 1.340 emendas em pouco mais de quatro meses. Originariamente, propunha o Poder Executivo a alteração de sete artigos, porém, durante a breve tramitação, a Câmara dos Deputados alterou 117 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho. Diante desses registros, este capítulo se propõe a examinar os desafios impostos pela Reforma Trabalhista brasileira e a analisar se as alterações dela decorrentes implicam em efetivo retrocesso social e supressão de direitos dos trabalhadores. Diante do caudaloso conteúdo juslaboral alterado e da impossibilidade de explorá-lo satisfatoriamente em um único texto, optou-se, nesta abordagem, pelo exame de três temáticas exploradas desmedidamente pela Reforma Trabalhista brasileira: duração do trabalho; terceirização; e prevalência do negociado sobre o legislado, cujos assuntos jamais deixaram a pauta de discussão juslaboral.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Reforma trabalhista brasileira. Retrocesso social.

Supressão de direitos dos trabalhadores.

Sumário: Introdução. 1. Arena, motor e situação da reforma trabalhista brasileira. 2. Reforma trabalhista e duração do trabalho. 3. Reforma trabalhista e terceirização. 3.1. Terceirização à brasileira. 3.2. Terceirização, reforma

* Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) - Largo São Francisco. Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Docente de Direito do Trabalho da UNESP – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa (CNPQ) "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP).

trabalhista e precarização das condições de trabalho. 4. A prevalência do negociado sobre o legislado. Considerações finais. Referências.

Introdução

Como proposta para o estancamento da crise brasileira, propôs o Governo Federal no ano de 2016 uma série de austeras medidas econômicas para enfrentar o déficit das contas públicas, estimular o crescimento e frear o desemprego. Dentre essas medidas, incluiu-se a Reforma Trabalhista, consubstanciada originariamente nos Projetos de Lei nº 6.787/2017 e nº 38/2017, cuja proposta, após aprovada pelas Casas Legislativas federais, fora sancionada pelo Presidente da República em 13 de julho de 2017, culminando na Lei nº 13.467/2017.

Durante o seu curto período de tramitação, a proposta inicial, constituída por apenas sete artigos, sofreu cerca de 1.340 emendas e, ao final, alterou cerca de 117 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), modificando substancialmente a matriz do sistema juslaboral e, por corolário, impactando nos direitos dos trabalhadores.

Propõe este capítulo examinar os desafios impostos pela Reforma Trabalhista brasileira e analisar se as alterações dela decorrentes implicam em efetivo retrocesso social e supressão de direitos dos trabalhadores. Diante do caudaloso conteúdo juslaboral alterado e da impossibilidade de explorá-lo satisfatoriamente em um único texto, optou-se, nesta abordagem, pelo exame de três temáticas exploradas desmedidamente pela Reforma Trabalhista brasileira: duração do trabalho; terceirização; e prevalência do negociado sobre o legislado, cujos assuntos jamais deixaram a pauta de discussão juslaboral.

Nessa esteira, aborda o primeiro capítulo os aspectos contextuais da Reforma Trabalhista brasileira, incluindo o histórico de tramitação da proposta legislativa originária.

O segundo capítulo examina os impactos da Reforma na duração do trabalho e o terceiro, a regulamentação da terceirização. Por derradeiro, o quarto capítulo aborda os desafios impingidos pela Reforma Trabalhista brasileira ao sistema sindical e à manutenção dos direitos dos trabalhadores, em decorrência da instituição da prevalência do negociado sobre o legislado.

1 Arena, situação e motor da reforma trabalhista brasileira

O intento reformista, célere e abrangente, que laçou o Direito do Trabalho brasileiro no último mês do ano de 2016 e nos primeiros de 2017, ensaiava há décadas seu estratagema.

O contexto, ou arena e situação, é de um país imerso em uma crise econômica e política, decorrente não apenas das inconstâncias do sistema capitalista, mas, também, da corrupção arraigada no Poder Público, que conduziu o Brasil à marca de 14,048 milhões de desempregados até março de 2017, com taxa de desocupação em 13,7%¹; e ao decréscimo do PIB, desde o segundo trimestre de 2014, com queda acumulada de 7,2% nos anos de 2015 e 2016.²

Até 2010, sopravam no Brasil ventos de prosperidade, com indiscutível melhoria social e queda da pobreza. Todavia, nos últimos sete anos, com a alteração dos rumos do país, atribuída às derrocadas políticas e econômicas, o Brasil ancorou na maior recessão de sua história, cujos impactos afetaram, sobretudo, os direitos sociais, nele incluídos os direitos dos trabalhadores.

Como proposta para o estancamento da crise brasileira, propôs o Governo Federal uma série de austeras medidas econômicas para enfrentar o déficit das contas públicas, estimular o crescimento e frear o desemprego, incluindo: a regularização tributária; a regulamentação da letra imobiliária garantida, para ampliar a oferta de crédito de longo prazo para a construção civil; o aperfeiçoamento do cadastro positivo, para reduzir o risco de crédito e baixar os juros para bons pagadores; a distribuição e parte dos lucros do FGTS para os trabalhadores; o aumento da competitividade, reduzindo o tempo dos procedimentos de importação e exportação; a imposição de teto para os gastos públicos; a Reforma da Previdência; entre outras.

¹ IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD.18 maio 2017. Disponível em:

<ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Comentarios_Sinteticos/pnadc_201701_trimestre_comentarios_sinteticos_Brasil.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2017.

² SARAIVA, A; SALES, R. PIB do Brasil cai 7,2% em dois anos, pior recessão desde 1948. **Valor Econômico**, São Paulo, 7 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4890366/pib-dobrasil-cai-72-em-dois-anos-pior-ecessao-desde-1948>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Ainda, dentre essas medidas, sem sequer aventar qualquer proposta tensionada para a Reforma Tributária, como, por exemplo, de tributação das grandes fortunas, propôs o Governo Federal a Reforma Trabalhista, sob o pálio de que o arcabouço juslaboral é arcaico e excessivamente protecionista.³ Todavia, justiça seja feita, em 74 anos a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu diversas alterações; dos 625 dispositivos celetistas originários que versavam sobre direitos dos trabalhadores propriamente ditos (de um total de 921 artigos), apenas 255 não foram alterados ou revogados por legislação posterior e 65 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.⁴

Em suma, os entusiastas da Reforma Trabalhista atribuíram aos trabalhadores uma parcela – considerável, por sinal – da crise econômica, impondo-lhes o pagamento de uma conta que jamais poderia ser a eles impingida, justamente pelo fato de que esses mesmos trabalhadores sequer se beneficiaram do montante angariado através da corrupção, vasta e desmedida, que conduziu o país à bancarrota.

Independentemente do propósito e dos interesses do Governo Federal, as motivações reformistas sempre se apresentaram caudalosas e diversificadas. Diversas foram as justificativas apresentadas, como, por exemplo: a necessidade de internalização das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ao ordenamento juslaboral brasileiro, por ser o Brasil país-membro daquela organização; a necessidade de se revolver a legislação trabalhista, atualizando-a de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea, posto que tal regramento, do início de década de 1940, fora direcionado a um país que se lançava à expansão industrial; a necessidade de se manter ou multiplicar postos de trabalho em um país castigado pela crise econômica e

³ AGÊNCIA CNI. Valorizar a negociação - o mundo avançou, mas a legislação trabalhista ficou parada no tempo. **Portal da Indústria**, São Paulo, 11 abril de 2017. Disponível em:

<[http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/04/artigo-valorizar-a-negociacao-o-mundoavancou-](http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/04/artigo-valorizar-a-negociacao-o-mundoavancou-mas-a-legislacao-trabalhista-ficou-parada-no-tempo/)

[mas-a-legislacao-trabalhista-ficou-parada-no-tempo/](http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/04/artigo-valorizar-a-negociacao-o-mundoavancou-mas-a-legislacao-trabalhista-ficou-parada-no-tempo/)>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. I- “A CLT é velha”. São Paulo, 27 mar. 2017. Disponível em:

<<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/i-a-clt-e-velha>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

política e, por corolário, aquecer a economia; e a necessidade de se incorporar à legislação as alterações (ou adaptações) sofridas pelo Direito do Trabalho (processual e material) no decorrer dos tempos, as quais já haviam sido incorporadas à rotina dos trabalhadores e dos profissionais dessa área.

Todavia, nenhuma dessas motivações, isoladamente, é suficiente para convencer qualquer desavisado sobre as sucessivas investidas sofridas pelo Direito do Trabalho brasileiro desde o final do ano de 2016.

Isso se deve ao fato de que, em 23 de dezembro de 2017, às vésperas do recesso, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em regime de urgência⁵, o Projeto de Lei nº 6.787/2016⁶, visando à alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas. Antes, porém, cogitou o Presidente da República enfrentar a Reforma por meio de medida provisória, às vésperas do recesso, porém, fora desaconselhado após extensa reunião com sua equipe técnica.

O aludido Projeto de Lei sofreu, em média, 1.340 emendas em pouco mais de quatro meses. Originariamente, propunha o Poder Executivo a alteração de sete artigos, porém, durante a breve tramitação, a Câmara dos Deputados alterou 117 dispositivos da

⁵ Com fundamento no art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, cujo dispositivo prevê que: “Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente”.

BRASIL. Regimento Interno. 9. ed. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 2012. Disponível em:

http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18847/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=11.

Acesso em: 12 jul. 2017.

⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 23/12/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 23 dez. 2016. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Consolidação das Leis do Trabalho, dando à proposta o nome de Reforma Trabalhista. De acordo com Otavio Pinto e Silva:

O governo tinha enviado um projeto com sete artigos, e a Câmara [dos Deputados] alterou 117 artigos da CLT. Isso é muito significativo. E, me parece, com uma pressa muito grande, sem um debate necessário com a sociedade. Quando reformaram o Código de Processo Civil, foram anos discutindo. Quando reformaram o Código Civil, foram anos de debates. Por que a reforma trabalhista deve ser definida em quatro meses? É muito pouco.⁷

Diante da competência das Comissões de Seguridade Social e Família; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho, de Administração e Serviço Público; e Constituição e Justiça e de Cidadania, constituiu-se a Comissão Especial da Reforma Trabalhista. Durante a tramitação naquela Casa Legislativa, em 3 de fevereiro de 2017, ainda requereu a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público a realização de Audiência Pública para tratar das Convenções da OIT supostamente violadas, caso fosse aprovado o Projeto de Lei nº 6.787/2016, a Reforma Trabalhista.⁸

Após pouco mais de treze horas de sessão, a Câmara dos Deputados concluiu, na madrugada do dia 27 de abril de 2017, a votação da proposta de reforma trabalhista do Governo Federal, aprovando-a por 296 votos a favor – eram necessários, pelo menos, 257 – e 177 contrários, com aprovação de apenas um destaque (limitação da penhora on line ao valor da dívida do empregado com a empregadora) de 17 apresentados.

⁷ AMATRA 2. O Direito do Trabalho sob ameaça. In: _____. **Magistratura e trabalho**. Os direitos sociais em xeque. São Paulo, n. 101, p. 12-16, maio 2017. p. 14. Disponível em: <<http://www.amatra2.org.br/PDF/17052017131411MT101.pdf>>. Acessos em: 12 jul. 2017.

⁸ BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 23 de dezembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

E, em 11 de julho de 2017, após mais de 6 horas de interrupção decorrentes de protestos de oposição, o Senado Federal aprovou o texto base da Reforma Trabalhista (Projeto de Lei da Câmara reatuado sob o nº 38/2017), com 50 votos favoráveis, 26 contrários, uma abstenção e todos os destaques e emendas rejeitados.

Não se ouviu o anseio popular. O sítio eletrônico do Senado Federal registrava, à época da votação, 172.163 votos contrários e 16.789 favoráveis.⁹ Ainda assim, em 12 de julho de 2017 fora remetido à sanção do Presidente da República.

O Projeto de Lei nº 6.787/2016 alterou cerca de 117 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja tramitação durou pouco mais de quatro meses e impôs modificações substanciais às relações de trabalho.

Apenas para se ter ideia da curiosa e desesperada celeridade dessa tramitação, a modernização do Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/2010; Lei nº 13.105/2015) durou, em média, 5 anos, tendo sido iniciada por José Sarney, em 2010, enquanto presidente do Senado, e sancionada apenas em 16 de março de 2015. Ao arrepio da celeridade, o Código Civil brasileiro (Projeto de Lei nº 634/1975; Lei nº 10.406/2002), sancionado em janeiro de 2002, tramitou durante 27 anos no Congresso Nacional. Como resultado, “dos mais de cem artigos modificados ou acrescentados pelo Projeto de Lei, poucos são favoráveis ao trabalhador ou para o processo do trabalho, os demais desfavoráveis.”¹⁰

2 Reforma trabalhista e duração do trabalho

A “duração do trabalho” – ou seja, o tempo à disposição do empregador – é a principal engrenagem que conduziu os

⁹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista. **Senado Federal**, Brasília, DF, 28 abr. 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁰ CASSAR, V. B. Breves Comentários às Principais Alterações Propostas pela Reforma Trabalhista. **Migalhas**, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258650,71043-Breves+comentarios+as+principais+alteracoes+propostas+pela+Reforma>>. Acesso em: 24 maio 2017.

trabalhadores, durante a Revolução Industrial, a travarem batalhas contra a inexistência de limitação da jornada de trabalho, a qual, não raras vezes, alcançava o absurdo de 18 horas diárias.¹¹

Ao passo que a história é cíclica e recobra seu espaço, por vezes, com outra vestimenta, a temática em questão ainda prevalece nos dissídios individuais trabalhistas que tramitam perante a Justiça do Trabalho, a despeito da fixação de limites ter ocorrido já há bastante tempo, inclusive no Brasil.

Justamente por esta relevância, optou-se, nesta abordagem, por examinar algumas das principais mudanças decorrentes da Reforma Trabalhista relacionadas à duração do trabalho. Predominantemente, consistem em alterações dispensáveis, seja porque o Direito e a Justiça do Trabalho já haviam dirimido determinadas lacunas e obscuridades; ou porque as modificações foram *in pejus* aos trabalhadores.

Por início, a Reforma Trabalhista acrescentou ao art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho, versado no tempo à disposição do empregador, como parágrafo 2º, o seguinte texto:

Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, como: I - práticas religiosas; II - descanso; III - lazer; IV - estudo; V - alimentação; VI - atividades de relacionamento pessoal; VII - higiene pessoal; VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.¹²

Pois bem. A redação colacionada, além de dispensável, comporta diferentes interpretações e, por corolário, certa

¹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

¹² BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista. **Senado Federal**, Brasília, DF, 28 abr. 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

subjetividade. Diz-se dispensável, porque a Justiça do Trabalho, durante a instrução processual, há muito se dedica a investigar a razão da permanência do empregado nas dependências do empregador após a jornada contratual, com o intuito de apurar se ele o fez em benefício patronal ou pessoal para deferir ou não o pagamento de horas extraordinárias. Diante disso, considera-se dispensável positivar hipóteses de afastamento do dever de remuneração do labor excedente, pois, nesse caso, o óbvio não precisa ser dito.

Corroborando tal conclusão, Vólia Bomfim Cassar aventa a possibilidade do empregado permanecer nas dependências do empregador, após o expediente, para se abrigar de forte temporal, passando, até o cessar das forças da natureza, a trabalhar durante esse tempo. Evidencia-se, por meio deste exemplo, a impropriedade do parágrafo 2º do art. 4º, pois, embora se confira o elemento “más condições climáticas” indicado na letra do dispositivo, houve efetivo trabalho por parte do empregado em benefício do empregador, ensejando, pois, o dever do pagamento do período correspondente como horas extraordinárias.

Não bastasse, o mesmo dispositivo afasta, como tempo à disposição, as situações de higiene pessoal (inciso VII) e troca de uniforme (VIII), quando não houver obrigatoriedade de realizá-las na empresa, em indiscutível violação ao disposto na Súmula nº 366 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).¹³ À guisa de exemplo, basta se recordar das empresas que impõem aos trabalhadores o uso de fantasia em datas comemorativas ou campanhas motivacionais, cujo traje jamais deixaria qualquer um confortável no transporte público ou no caminho para a casa. Por não se tratar de uniforme, conquanto seja coativo o uso da fantasia, dificilmente conseguiria tal trabalhador argumentar, com base na lei, que, embora não obrigatória a troca da vestimenta na empresa, fazê-lo em casa causaria humilhação durante o trajeto. Portanto, mais uma vez, dispensáveis as hipóteses arroladas no dispositivo ingressado à Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista.

¹³ Súmula nº 366, TST. (...). “Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc.)”.

Outra alteração afeta ao assunto em discussão, que importa em retrocesso social e supressão de direitos dos trabalhadores, diz respeito às horas *in itinere*. A nova redação imposta ao parágrafo 2º do art. 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, em desconhecimento com as Súmulas nº 90 e nº 320 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), fulmina a existência do instituto das horas *in itinere*, ao passo que veda o cômputo na jornada de trabalho o tempo despedido pelo empregado durante o trajeto casa e trabalho, independentemente do meio de locomoção, por não ser tempo à disposição do empregador. Evidente, portanto, o retrocesso social e a supressão de um direito acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 10.243, em 19 de junho de 2001, sobretudo porque, com a Reforma Trabalhista, permanecem as atividades desenvolvidas em locais de difícil acesso ou não servidos por transporte público, como, por exemplo, à beira de rodovias.

Por conseguinte, quanto à compensação de jornada contida no art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, a Reforma Trabalhista revogou o parágrafo 4º desse dispositivo, bem como a autorizou por meio de ajuste escrito individual e afastou a descaracterização do regime de compensação em decorrência da prestação de horas extraordinárias habituais, colidindo com o previsto na Súmula nº 85 do TST. Supõe-se que, com este pacote de medidas, não fará mais sentido que as horas extraordinárias ainda ostentem tal adjetivo (extraordinárias), simplesmente porque se deu a largada para que o sobrelabor esteja cada vez mais na rotina dos trabalhadores brasileiros.

No tocante ao intervalo para refeição e descanso, a nova regra prevê, mediante a alteração do parágrafo 4º do art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. Além de afastar o disposto no item I da Súmula nº 437 do TST, que prevê o pagamento da integralidade do período suprimido, tal alteração ainda impõe a natureza indenizatória ao pagamento, afastando sua repercussão nas demais verbas trabalhistas.

Trata-se, evidentemente, de supressão de direitos dos trabalhadores, ao passo que, ativar-se além da jornada de trabalho e renunciar ao intervalo para alimentação e descanso são situações que conduzem ao mesmo resultado: trabalho prestado ou tempo à disposição do empregador. Desta forma, por ser trabalho efetivo, é

impróprio e injusto falar-se em natureza indenizatória e não salarial, o que denuncia a quem se deliberou beneficiar com a Reforma Trabalhista.

Nessa mesma senda de supressão de direitos, somam-se às exceções anteriormente contidas no art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho (trabalhadores externo e de confiança) os teletrabalhadores (trabalhadores à distância), conduzidos ao rol de trabalhadores excluídos das regras de limitação de jornada, por meio do acréscimo do inciso III ao dispositivo. Ao contestar o texto do art. 78-B da Consolidação das Leis do Trabalho, que afirma não ser o teletrabalhador espécie de trabalhador externo, esclarece Vólia Bomfim Cassar:

Dois equívocos nessa premissa: 1º – o teletrabalho é espécie de trabalho à distância, executado fora do estabelecimento do padrão, logo, é trabalho externo; 2º – com as novas tecnologias é perfeitamente possível o controle, a fiscalização e a mensuração do trabalho executado. Cada vez mais o teletrabalhador é controlado pelos meios tecnológicos, como login/logout, chat, número de toques e/ou atendimento, GPS, telefones, rádios, web câmeras, intranet etc.¹⁴

Ingênuo o legislador ao aventar que, mesmo diante de toda a sofisticação tecnológica, inexistem meios de controle de jornada do teletrabalhador. Supõe-se, diante disto, que o intuito dessa inovação é reduzir os custos desta espécie de trabalho, que poderá ser levada à exaustão caso não mais seja possível dividir tempo de trabalho e tempo livre, em decorrência da imposição de excesso de trabalho ou demasiada cobrança de produtividade pelo empregador.

Outrossim, o texto aprovado eleva a jornada semanal do contrato por tempo parcial de 25 para 26 ou 50 horas semanais (art. 58-A, CLT), cuja previsão é dispensável, pois há muito a Justiça do Trabalho admite esta forma de contratação, com pagamento proporcional do salário ao tempo trabalhado (Orientação Jurisprudencial nº 358, item I, da SDI-1 do Tribunal Superior do

¹⁴ CASSAR, V. B. Breves Comentários às Principais Alterações Propostas pela Reforma Trabalhista. **Migalhas**, 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258650,71043-Breves+comentarios+as+principais+alteracoes+propostas+pela+Reforma>>. Acesso em: 24 maio 2017.

Trabalho). Todavia, em desfavor dos trabalhadores, permite o labor extraordinário de até 6 horas por semana, podendo conduzi-los ao trabalho extenuante em um único dia da semana, ao acrescer à jornada pactuada mais 6 horas com autorização legal. Antes, o art. 59, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho vedava que o empregado regido por esta modalidade contratual se ativasse extraordinariamente.

E, por fim, o art. 59-A, também acrescentado pela Reforma Trabalhista, faculta às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a adoção da jornada de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. Ocorre, contudo, que tal regime era (e deveria ser) excepcional, pelo fato de que doze horas de trabalho, ainda que seguida de trinta e seis horas de descanso, pode conduzir o trabalhador a situações fatigantes; além do fato de que jamais poderia ser adotado em atividades insalubre ou penosas.

Relegar tal possibilidade de ajuste à negociação mediante acordo individual escrito é inadequado, especialmente se não forem consideradas as especificidades da prestação relacionadas à saúde e à segurança do trabalhador; ou seja, em linhas retas, não se trata de um regime compatível com toda e qualquer atividade laboral.

Certamente, nota-se que a maioria das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista no tocante à duração do trabalho (permissão irrestrita para a adoção do regime de doze horas de trabalho por trinta e seis ininterruptas de descanso; possibilidade de redução do intervalo intrajornada; possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais no trabalho em regime de tempo parcial) desafia os paradigmas construídos até então no campo da saúde do trabalhador.

Isto porque, há algum tempo o Ministério do Trabalho, por meio de suas Normas Regulamentadoras, já vinha adotando medidas para mitigar a suscetibilidade do trabalhador aos riscos labor-ambientais por meio da interferência na duração do trabalho (aumento de pausas e intervalos; redução do limite de jornada; etc.), cuja competência lhe fora atribuída pelo art. 155 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, o parágrafo único do art. 611-B, pós Reforma Trabalhista, passou a prever, ao arrepio do conteúdo científico, legal e jurisprudencial em sentido contrário, e com certo cinismo, que “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são

consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”¹⁵. Ora, como bem esclarece Homero Batista Mateus da Silva:

O art. 611-B, parágrafo único, autoriza a eliminação do intervalo para o **almoço ou para o jantar**, sob a alegação de que isso não representa uma questão de saúde. Alguns de nós, pelos compromissos assumidos e pelas responsabilidades prementes, ficamos sem almoço em alguns dias ou nos alimentamos em 5 ou 10min para conciliarmos as agendas, mas a gente não deve desejar isso para ninguém e tampouco obrigar que as pessoas assim o façam. É altamente duvidoso que quem escreveu esse texto ou quem nele vota saiba o que é a privação do alimento.¹⁶

Nesse prisma, na contramão de todo o esforço jurídico e científico envergado nas últimas décadas para a efetivação do comando asseverado nos artigos 7º, inciso XXII; 225 e 200, inciso VIII, da Constituição Federal, operou mal a Reforma Trabalhista, impingindo retrocesso social e supressão de direitos, mormente no campo da saúde do trabalhador.

3 Reforma trabalhista e terceirização

A terceirização, como processo e mecanismo de gestão administrativa e operacional, originou-se em meados da década de 1940 nos Estados Unidos, em decorrência da Segunda Guerra Mundial, visando ao aumento da produtividade bélica para atender à demanda de armamento de países em conflito.¹⁷ E não apenas.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 13.467, de 13/07/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1/05/1943, e as Leis nos 6.019, de 3/01/1974, 8.036, de 11/05/1990, e 8.212, de 24/07/1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Planalto**, Brasília, DF, 13/07/2017. Disp. em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

¹⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. **E agora, Tarsila?** 25 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/professor-homero-batista-mateus-da-silva/e-agoratarasila/1963301000559868/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

¹⁷ FELÍCIO, Alessandra Metzger; HENRIQUE, Virgínia Leite. Terceirização: caracterização, origem e

Incluía-se, nesse propósito, os próprios interesses norte-americanos, pois “o armamento estadunidense constituía-se, às vésperas da Segunda Guerra Mundial, no excedente da primeira.”¹⁸

Evidente, portanto, que a finalidade da terceirização, nesse contexto histórico, era majorar a capacidade produtiva da indústria bélica estadunidense, sobrecarregada em decorrência da necessidade armamentista (incluindo armas, munições, navios, uniformes, etc.) imposta pela Segunda Guerra Mundial. Nessa senda, a possibilidade de transferir uma parcela da produção a terceiros viabilizou a necessidade industrial daquele país e de outros envolvidos no conflito.

Encerrada a Segunda Guerra Mundial, o fenômeno da terceirização manteve seus propósitos, intensificando-se com a transição do modelo fordista para o toyotista,¹⁹ diante da necessidade do mercado automobilístico japonês, devastado pela guerra. O intuito, por óbvio, era reduzir os custos da produção, majorar a produtividade e incrementar os lucros, contudo, por meio de um sistema de produção econômico atrelado às necessidades do mercado consumidor e ao binômio efetividade-lucratividade.

Surgem, em decorrência desse propósito, empresas de menor porte dedicadas à prestação de serviços de natureza periférica, ou seja, não compreendidas diretamente na finalidade principal do empreendimento, denominadas atividades-meio, conforme elucida Gabriela Neves Delgado:

concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-

evolução jurídica. In: DELGADO, Gabriela Neves; HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Coord.).

Terceirização no Direito do Trabalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 81.

¹⁸ ZAGNI, Rodrigo Medina. Armas e jogos. A política dos Estados Unidos para o comércio interamericano de armas no início da Segunda Guerra Mundial. Revista Eletrônica da ANPHLAC, São Paulo, n. 7, p. 83-109, jul. 2008. p. 86.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego:** entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo.²⁰

Essa complementação do ciclo produtivo por meio dessas empresas de prestação de serviços de natureza periférica contribuiu desmedidamente para a expansão do fenômeno da terceirização.

No Brasil, a década de 1960 pode ser considerada como o marco histórico do início da expansão da terceirização, impulsionada, mais tarde, ao final da década de 1990, pelo fenômeno da globalização da economia, pela intensificação da reestruturação produtiva e pelas políticas neoliberais.²¹ Trata-se de um mecanismo implantado no Brasil em decorrência da necessidade do país se adaptar aos moldes internacionais de organização empresarial,²² bem como para enfrentar a recessão (inflação elevada, crises econômicas, déficit público e dívida externa) durante a década de 1990.²³

De acordo com Paula Marcelino e Sávio Cavalcante, durante os anos de 1990 diversas publicações da área de Administração consistiam sobre formas de implementar o denominado “mecanismo de gestão ou “técnica moderna de administração”; eram verdadeiros manuais que defendiam “que as empresas deveriam focar suas ‘atividades-fim’ e delegar tarefas e processos acessórios (‘atividades-meio’) a outras empresas especializadas.”²⁴

²⁰ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 100.

²¹ OLIVEIRA, Roberto Vêras de. Sindicalismo e terceirização no Brasil: pontos para reflexão. **Cadernos CRH**, Salvador, v. 28, n. 75, p. 545-567, dez. 2015. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792015000300545&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2017.

²² GIOSA, Lívio Antônio. **Terceirização, uma abordagem estratégica**. São Paulo: Pioneira, 1993.

SILVA, Caio Pereira da. **A terceirização responsável: modernidade e modismo**. São Paulo: LTr, 1997.

²³ DRUCK, Graça; Borges, Angela. Terceirização: balanço de uma década. **Cad. do CRH**, Salvador, n. 37, p. 111-139, jul./dez. 2002.

²⁴ MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Por uma definição de terceirização. **Cad. CRH**, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-346, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792012000200010&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 10 maio 2017. p. 333.

Por isso, para Graça Druck e Angela Borges, a terceirização caracteriza-se como a principal estratégia de gestão laboral na reestruturação produtiva e a responsável pela mudança significativa do perfil dos trabalhadores e da diversificação das formas de trabalho.²⁵ Evidencia-se, portanto, o intuito econômico da expansão e da larga adoção da terceirização no Brasil, confirmada pela regulamentação do instituto em 2017 e pela Reforma Trabalhista proposta, no mesmo ano, cujas evidências serão abordadas nas linhas a seguir.

3.1 Terceirização à brasileira

A apropriação do fenômeno da terceirização e sua banalização pelo mercado brasileiro não demorou muito a acontecer. Desprezaram a vantagem da especialização – terceirizar para aprimorar os serviços/produtos, utilizando-se de mão de obra específica e qualificada – e o chamariz nefasto, evidentemente, consistiu na possibilidade de redução dos encargos trabalhistas, econômicos e sociais, em detrimento do direito fundamental ao trabalho, incluindo as condições laborais.

De acordo com os antecedentes históricos anteriormente apontados, a finalidade originária do instituto da terceirização fora, primeiramente, nos Estados Unidos, o aumento da produtividade; e, posteriormente, a especialização do produto e/ou serviço; jamais a redução dos custos da produção em decorrência da transferência dos encargos da folha de pagamento. Isso poderia ser aceito como consequência, jamais como finalidade.

Todavia, nota-se atualmente diversas empresas tomadoras terceirizando aquilo que lhes é próprio, ou seja, essencialmente a sua atividade-fim. Por isto, não se duvida que a finalidade sempre fora a redução dos custos da produção e não a especialização e a qualidade do serviço e/ou produto. Elucida Paula Marcelino que:

Toda vez que uma empresa resolve terceirizar, o que ela faz é transferir para outra os riscos e parte dos custos com a contratação da força de trabalho (os trabalhadores, os terceiros). Isso porque o seu próprio contrato deixa de ser trabalhista (empresa

²⁵ DRUCK, Graça; Borges, Angela. Terceirização: balanço de uma década. **Cad. do CRH**, Salvador, n. 37, p. 111-139, jul./dez. 2002.

versus trabalhador) e passa a ser comercial ou civil (empresa *versus* empresa). Tal acontece se a empresa subcontratada é ou não especialista na função, se o contrato dela com seus trabalhadores é ou não por tempo indeterminado e se a relação entre contratante (ou tomadora) e subcontratada (ou terceira) é ou não duradoura.²⁶

A essa impropriedade quanto à adoção da terceirização, ou deformação do instituto pelo desvio da sua finalidade, tem sido dada a denominação de *terceirização à brasileira*.

Explica Homero Batista Mateus da Silva que “para cada empresa idônea de prestação de serviços, há uma constelação de empresas-contrato”, ou seja, “pessoa jurídica que, na verdade, é o contrato”. Prossegue o jurista salientando que, se desfeito tal negócio jurídico, desaparece a “empresa-contrato”, pela impossibilidade de se manter sequer um mês sem a fatura do tomador de serviço; por não ter conhecimento técnico do serviço oferecido; por não ter raiz e capital social. São empresas que existem “pelo contrato, no contrato e com o contrato.”²⁷

Ainda, Homero Batista Mateus da Silva evidencia ser a especialização da atividade o elemento nuclear ao estudo da terceirização. Isso porque, segundo o jurista, é “muito difícil imaginar que possa existir uma empresa terceirizada sem que haja uma atividade especializada por trás de sua razão de ser”; sendo razoável se imaginar empresas especializadas em refeição industrial ou hospitalar; em jardinagem e conservação, manutenção de ar condicionado, transporte de valores, entre outras.²⁸

Todavia, a especialização não pode ser em fornecimento de mão de obra, justamente pelo fato de que a finalidade da terceirização não é – e tampouco pode ser – a redução direta dos custos. Significa dizer que não terceirizar não é dispensar um empregado após anos de prestação e recontratá-lo, porém, por meio de empresa interposta. Eis, na concepção de Homero Batista Mateus da Silva, bem como da abordagem (inclusive histórica)

²⁶ MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. Op. cit., p. 340.

²⁷ Idem.

²⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. Terceirização à brasileira. **Facebook**, 20 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/professor-homero-batista-mateus-da-silva/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira/1941833826039919/>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

apresentada neste estudo, “o pecado original da terceirização à brasileira”.²⁹

3.2. Terceirização, reforma trabalhista e precarização das condições de trabalho

Em recente Nota Técnica divulgada pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos (DIEESE), incluem-se no rol das principais atividades terceirizadas, a partir dos códigos da Classificação Nacional de Atividades econômicas (CNAE): atividades de apoio; manutenção e reparação; atividades relacionadas à recuperação; serviços de preparação, serviços especializados, representantes comerciais; atividades auxiliares; suporte técnico; fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros; atividades de monitoramento; atividades de cobranças; entre outras.³⁰

Afora essas atividades, incide notoriamente a terceirização no setor de construção civil, confecção de roupas, fabricação de calçados, coleta de resíduos, armazenamento, serviços de *catering*, consultoria em tecnologia da informação, atividades de teleatendimento e serviços de engenharia.³¹

Dentre os dados analisados pelo DIEESE, considerando o período de 2007 a 2014, observou-se que os vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas são suscetíveis a alta rotatividade. Em 2014, descartadas as situações de aposentadoria e morte do trabalhador, a cada 100 vínculos ativos, mais de 40 foram rompidos, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas, essa proporção é de 100 vínculos ativos para 80 rompidos.³² Assegura o DIEESE que:

²⁹ Ibidem

³⁰ DIEESE. Nota Técnica nº 172. Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. São Paulo, mar. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirização.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.

³¹ DIEESE. Nota Técnica nº 172. Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. São Paulo, mar. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirização.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.

³² Ibidem.

A terceirização responde, em boa medida, pelas elevadas taxas de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro. A elevada rotatividade da mão de obra é um dos indicadores mais preocupantes do mercado de trabalho. Para os empregadores, representa um custo de seleção e treinamento que acaba sendo repassado ao preço final, atingindo todos os consumidores. Para os trabalhadores, representa a incerteza de encontrar um novo emprego num curto espaço de tempo e o risco de ter que aceitar menores salários e benefícios, além de ter impactos no cálculo da aposentadoria. Para o Estado, as despesas com seguro-desemprego tendem a aumentar com a alta rotatividade, ocasionando descapitalização do FGTS.

Desta feita, conclui-se que a rotatividade, afeta ao contexto da terceirização, não apenas é prejudicial aos trabalhadores, como também aos empregadores, ao Estado e à econômica. Isso porque tal elemento também interfere prejudicialmente no tempo médio de duração do vínculo empregatício, que é significativamente menor nas atividades tipicamente terceirizadas; em 2014, o vínculo nas atividades tipicamente terceirizadas perduravam, em média, 34,1 meses, enquanto nas atividades tipicamente contratantes, 70,3 meses (ou 5 anos e 10 meses).³³

Frente a este cenário, ainda destaca o DIESSE os seguintes impactos na terceirização no cenário brasileiro: taxa de rotatividade duas vezes maior nas atividades tipicamente terceirizadas (57,7% contra 28,8% nas atividades tipicamente contratantes); 44,1% do trabalho terceirizado registrava como início o mesmo ano (contra 29,3% nas atividades contratantes); 85,9% dos vínculos nas atividades tipicamente terceirizadas cumpriam jornada de 41 a 44 horas semanais; maior percentual de afastamentos por acidentes de trabalho típicos nas atividades tipicamente terceirizadas (9,6%) do que nas atividades tipicamente contratantes (6,1%); e salários nas atividades tipicamente terceirizadas, em média, 23,4% menor do que nas atividades tipicamente contratantes (R\$ 2.011 contra R\$ 2.639).³⁴

³³ Ibidem.

³⁴ **Nota Técnica nº 172.** Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e

Em outro estudo realizado pelo DIEESE, voltado especificamente para o setor elétrico, constatou-se, considerando-se o ano de 2008, a taxa de mortalidade de 32,9 mortes por grupo de 100 mil trabalhadores; quanto aos terceirizados (47,5), a taxa de mortalidade foi de 3,21 vezes ao verificados em relação aos trabalhadores do próprio quadro das empresas (14,8).³⁵

Todavia, a despeito desses dados, o art. 1º da Lei nº 13.467/2017 acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho o seguinte dispositivo:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Constituição.³⁶

E o art. 2º, do mesmo regramento, acrescentou à Lei nº 6.019/1971 os artigos 4º-A e 5º-A, os quais ostentam a seguinte redação:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.³⁷

contratantes. São Paulo, mar. 2017. Disponível em:
<<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>.
Acesso em: 25 maio 2017.

³⁵ DIEESE. **Terceirização e morte no trabalho**: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro. Estudos e pesquisa nº 50, São Paulo, mar. 2010. Disponível em:
<<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

³⁶ BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Planalto. Brasília, DF, 13 de jul. 2017. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>.
Acesso em: 13 jul. 2017.

³⁷ Ibidem.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.³⁸

Em breves linhas, a Lei nº 13.467/2017 encerrou quaisquer dúvidas decorrentes da recém aprovada Lei nº 13.429/2017, que dispôs sobre trabalho temporário e prestação de serviços a terceiros nas empresas urbanas, autorizando a terceirização de atividade-fim, a despeito do previsto na Súmula nº 331/TST e do que fora edificado ao longo dos tempos pela doutrina.

Por meio da análise conjunta desses dispositivos, conclui-se que a Reforma Trabalhista liberou a terceirização de toda e qualquer atividade, permitindo, ainda, a quarteirização e a pejetização, em detrimento dos direitos dos trabalhadores, cuja irresponsabilidade, nas palavras de Vólia Bomfim Cassar, poderá “precarizar ainda mais as condições e relações de trabalho no país e ainda trazer impactos negativos sobre a arrecadação fiscal e previdenciária”.³⁹

4 A prevalência do negociado sobre o legislado

Outra inovação perpetrada pela Lei nº 13.467/2017 consiste na prevalência do negociado sobre o legislado.

O art. 611-A, incluído na Consolidação das Leis do Trabalho pela Reforma Trabalhista, preleciona a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho sobre a lei, quando dispuserem sobre: (I) pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (II) banco de horas anual; (III) intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (IV) adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE) - Lei nº 13.189/2015; (V) plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se

³⁸ Ibidem.

³⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Breves comentários às Principais Alterações Propostas pela Reforma Trabalhista. Migalhas. 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258650,71043-Breves+comentarios+as+principais+alteracoes+propostas+pela+Reforma>>. Acesso em: 24 maio 2017.

enquadram como funções de confiança; (VI) regulamento empresarial; (VII) representante dos trabalhadores no local de trabalho; (VIII) teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; (IX) remuneração por produtividade, incluindo gorjetas e remuneração por desempenho individual; (X) modalidade de registro de jornada de trabalho; (XI) troca do dia de feriado; (XII) enquadramento do grau de insalubridade; (XIII) prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (XIV) prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; e (XV) participação nos lucros ou resultados da empresa.⁴⁰

Por conseguinte, o art. 611-B prevê trinta⁴¹ hipóteses de supressão ou redução de direitos não suscetíveis à negociação por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, sob pena de caracterizar objeto ilícito de norma coletiva. Evidentemente, trata-se de rol não taxativo, ao passo que tantas outras hipóteses possíveis⁴² sequer foram arroladas no dispositivo em questão.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Planalto. Brasília, DF, 13 de jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁴¹ Incluindo: seguro-desemprego; valor nominal do décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; repouso semanal remunerado; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; número de dias de férias devidas ao empregado; licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; licença-paternidade nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; aposentadoria; medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

⁴² Como, por exemplo, direitos da personalidade, os quais, por força do art. 11 do Código Civil, são irrenunciáveis e, por corolário, indisponíveis.

Como ponto nevrálgico da discussão, a Lei nº 13.467/2017 propõe, irresponsavelmente, a prevalência da negociação coletiva sem a necessária e correspondente valorização da organização sindical. Irresponsavelmente, porque a valorização da negociação coletiva apenas é possível quando se tem sindicatos verdadeiramente representativos, não sendo esta a atual realidade do Brasil.

Não se quer dizer que a negociação coletiva deveria se manter relegada a um segundo plano no cenário juslaboral, posto ser sabida sua importância em um país tão continental, com tantas diferenças culturais, sociais e econômicas de um extremo ao outro, bem como a necessidade do Brasil adotar medidas de liberdade sindical estatuídas na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho.

Todavia, considerando o tempo de tramitação de quatro meses, não se conferiu o intento de discussão ampla, informada e responsável sobre o assunto. Constata-se, portanto, que diversos pontos afetos à temática não foram enfrentados, como, por exemplo, mudança dos critérios de organização sindical; direito de greve; representação dos trabalhadores no local de trabalho; proteção contra atos antissindicais; entre outros.

Certo é que, nesse contexto, dar força ao princípio da autonomia da vontade das partes em uma relação deveras marcada pelo traço da subordinação e, por isto, desigual por natureza, é o mesmo que mitigar a valência do primado da proteção, sobretudo a do princípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Diz-se isto, pois o trabalhador nem sempre tem condições e, principalmente, informações suficientes para se apresentara a uma negociação e sustentar livre e de forma esclarecida seus interesses e suas necessidades. E nem se cogite a assistência sindical como a pedra de salvação para sanar a impropriedade da proposta, pois, conforme já anotado, a realidade denuncia a flagrante ausência de sindicatos verdadeiramente representativos, o que conduz à desvalorização da organização sindical e, por fim, à precarização da negociação coletiva.

De acordo com o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), a estrutura sindical brasileira limita a organização coletiva dos trabalhadores ao não permitir, por exemplo, a constituição de sindicatos por setor ou ramos de atividade econômica, fragmentando a organização dos

trabalhadores. Não bastasse, a ação sindical é coibida por uma lei de greve excessivamente formalista e colidente com o direito de greve constitucional. E, ainda, as adversidades da conjuntura econômica reduzem expressivamente a capacidade de atuação dos sindicatos, independentemente se possuem muitos ou poucos filiados e sejam eles bastante ou pouco estruturados.⁴³

Desta feita, instituir a prevalência do negociado sobre o legislado nesse contexto denuncia o intento de flexibilizar para reduzir ou suprimir direitos trabalhistas previstos em lei, em consonância com o que assevera Vólia Bomfim Cassar:

A proposta espelha a intenção do legislador em autorizar a redução de direitos trabalhistas, isto é, a ampla flexibilização.

A mudança ainda estimulará o abuso na utilização dos acordos coletivos, pois serão confeccionados para serem menos favoráveis que as convenções e que a lei, e, algumas vezes com o único intuito de aumentar os lucros da empresa, pois reduzirá direitos trabalhistas. A medida também esvaziará as convenções coletivas.

Sem a necessária liberdade sindical não se pode dar prevalência das normas coletivas sobre a lei, nem da norma menos favorável ao trabalhador sobre as demais.

A mudança proposta pelo PL enfraquece o princípio da proteção ao empregado, fragiliza o trabalhador e prioriza a norma redutora de direitos, mesmo que tenha sido ajustada sem que a empresa esteja atravessando dificuldades econômicas.

Portanto, a mudança é NEGATIVA.⁴⁴

Portanto, para que não sobrem críticas sem uma contrapartida contributiva, a Reforma Trabalhista jamais deveria ter sido efetivada sem que antes fosse realizada a Reforma Sindical, orientada pelos instrumentos normativos da Organização Internacional do Trabalho – da qual o Brasil é membro e se encontra devedor desde a década de 1940 – sobre liberdade e

⁴³ DIEESE. Nota técnica nº 178. A Reforma Trabalhista e os impactos para as relações de trabalho no Brasil. São Paulo, 5 maio de 2017. Disponível em:

⁴⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Breves comentários às Principais Alterações Propostas pela Reforma Trabalhista. Migalhas. 11 maio 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258650.71043-Breves+comentarios+as+principais+alteracoes+propostas+pela+Reforma>>. Acesso em: 24 maio 2017.

autonomia sindical, incluindo a Convenção nº 87, de 17 de junho de 1948.

A reestruturação sindical contribuiria para a condução, justa e adequada, da Reforma Trabalhista, através do diálogo social entre empregadores, trabalhadores e Governo, para a elaboração de projetos a serem votados responsabilmente pelo Congresso Nacional. Sem isso, tem-se uma Reforma que “(...) desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, inverte seus princípios, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.”⁴⁵

Considerações Finais

O cenário socioeconômico inaugurado pela Reforma Trabalhista brasileira muito se assemelha ao desfiar de um tecido; não se sabe até onde se chegará, nem mesmo quanto será preciso desfiar. Isto porque as consequências da alteração – apressada a irresponsável – de grande parcela dos dispositivos se espriam para outros institutos e previsões normativas. Portanto, serão tempos e tempos dedicados à interpretação das normas e à verificação da constitucionalidade da Reforma.

Diante do panorama explorado, restam algumas certezas: (a) considerando o tempo de tramitação de quatro meses, não se conferiu o intento de discussão ampla, informada e responsável sobre a proposta reformista; (b) a Reforma trabalhista deveria ter sido precedida da necessária Reforma Sindical, orientada pelos instrumentos normativos da Organização Internacional do Trabalho – da qual o Brasil é membro e se encontra devedor desde a década de 1940 – sobre liberdade e autonomia sindical; (c) as alterações atinentes à duração do trabalho jamais poderiam desprezar a estreita relação entre jornada de trabalho, intervalos, descanso e saúde do trabalhador, cuja interação há muito fora reconhecida pelo Ministério do Trabalho e pelo conteúdo científico produzido pelas pesquisas científicas nas Universidades do Brasil e do mundo; (d) a

⁴⁵ Ibidem.

terceirização, embora seja uma realidade, deve estar adstrita a sua finalidade, qual seja, a de especializar a produção, não servindo, portanto, como manobra para a redução dos custos da produção a expensas dos direitos dos trabalhadores; e (d) a valorização da negociação coletiva apenas é possível quando se tem sindicatos verdadeiramente representativos, não sendo esta a atual realidade do Brasil, ainda refém de uma estrutura sindical fragmentada e não representativa dos trabalhadores.

DIREITO ECONÔMICO E DIREITO DO TRABALHO: CRISE BRASILEIRA, TERCEIRIZAÇÃO E UMA RELAÇÃO DE EQUILÍBRIO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Túlio Augusto Tayano Afonso*

Sumário: Introdução. 1. Ditames constitucionais econômicos e mutações contemporâneas no trabalho. 2. Enfoque dos direitos humanos fundamentais sobre o adensamento dos direitos do empresário e dos direitos trabalhistas. 3. Direitos fundamentais da empresa e sua relação com o direito do trabalho. 4. A reforma trabalhista e a terceirização no atual período de crise brasileira. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho estuda a relação existente entre Direito Econômico e o Direito do Trabalho sob a perspectiva dos Direitos Humanos Fundamentais e a terceirização enquanto processo da reforma trabalhista atual (Lei 13.467/2017). Para tanto, inicia-se abordando a enunciação constitucional econômica e como sob seus ditames conciliam o trabalho humano e a empresa, pelo princípio da proporcionalidade. Em seguida, estabelece-se um enfoque sobre os Direitos Humanos Fundamentais em face do adensamento dos direitos do empresário e dos direitos do trabalhador. Finalmente, aborda-se a classificação de André Ramos Tavares sobre os direitos fundamentais da empresa e a sua relação com o Direito do Trabalho. Em seguida, analisa-se a proposta de terceirização pela recente reforma trabalhista no atual período de crise brasileira. E, por fim, conclui-se sobre a necessidade de se observar, através do princípio da proporcionalidade, o Direito do Trabalho embarçado com o Direito Econômico, suas finalidades e fundamentos, para não deixar de lado os fatores que devem ser levados em consideração, estabelecendo um equilíbrio sobre a Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-Chave: Ordem Econômica; Empresa; Empregado; Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This work aims to study the relationship between Economic Law and Labour Law from the perspective of fundamental human rights. For this, first start addressing the economic and constitutional enunciation as it dictates to conciliate human labor and enterprise, by the principle of proportionality. Next, it is set a focus on fundamental human rights in the face of the densification of the entrepreneur's rights and worker's rights. Finally, address the classification of André Ramos Tavares on fundamental rights of the enterprise and its relationship with the labor law. Next, the proposal of outsourcing by the recent labor reform in the current period of Brazilian crisis is analyzed. And finally, conclude on the need to observe, through the principle of proportionality, the labor law in hand with the economic law, its purposes and grounds, not to leave

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

out the factors to be taken into consideration in favor of the entrepreneur, establishing an equilibrium on the human dignity.

Keywords: Economic Order; Enterprise; Employer; Human Dignity.

Introdução

Atualmente, no momento de crise política seguidamente de uma crise econômica em nosso país, vivenciamos um período em que a busca pela dignidade no trabalho não é o primeiro enfoque dos trabalhadores brasileiros, e por consequência dos sindicatos laborais, mas é sim a anterior situação, que aquela vai pressupor, de manutenção dos postos de trabalho, ou seja, a garantia do emprego propriamente dita.

A doutrina trabalhista brasileira reconhece duas vertentes do Direito do Trabalho: uma que diz respeito ao direito do trabalho de origem estatal, ou seja, diretamente legislado pelo Estado, e outra que o direito de trabalho negociado, o qual é fruto de regras trabalhistas advindas da negociação e dos sindicatos.

Essa segunda vertente, a do direito do trabalho negociado, pode se dizer que ainda é desconhecida dos brasileiros, tendo em vista a dificuldade nacional em se avançar com uma estrutura sindical menos burocratizada e mais aberta à negociação, inclusive com uma necessária intervenção estatal a fim de dirimir as desigualdades emanadas do corporativismo, claramente presente no cenário trabalhista do país.

O artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 dita como fundamento da República brasileira os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Já o artigo 170, base fundamental do Direito Econômico do nosso país, dita que 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 inclusive princípios como o da livre concorrência (IV) e da busca do pleno emprego (VIII).

Como se verifica, a ordem econômica pátria dita como sua finalidade a existência digna a todos, mediante os fundamentos do trabalho humano e da livre iniciativa. Ou seja, a compatibilização desses dois princípios é o que funda, embasa, o *telos* da dignidade amplamente garantida.

Essa é a base da construção teórica juntamente com o princípio da proporcionalidade na proposta de adensamento dos

direitos humanos fundamentais, estabelecendo a dimensão da fraternidade como a justa medida entre a liberdade e a igualdade, ou seja, no presente trabalho, entre a empresa e o trabalhador. Essa relação, conforme veremos, não será tratada como um necessário conflito, mas sim como dois lados que fundamentam em conjunto o sistema econômico capitalista.

2. Ditames constitucionais econômicos e mutações contemporâneas no trabalho

Assim, o enunciado normativo constitucional do artigo 170 já exposto, como todos os outros, deve ser aplicado em sua integridade, e, para tanto, em todas as ações estatais e também dos agentes privados, já que a Constituição deve ser respeitada em todas as camadas da sociedade.

É premente que seja considerada uma cultura jurídica de obediência – e de luta aos direitos – ao ordenamento jurídico, conciliada com políticas públicas de observância desses pressupostos e com um Poder Judiciário que se coadune com uma leitura dos ditames constitucionais, na forma do princípio da proporcionalidade, ou seja, em contexto de adensamento dos direitos humanos fundamentais em todas as situações em que for exigida a atuação estatal.

O princípio da proporcionalidade, assim, o qual urge por uma postura de balizamento entre direitos aparentemente em conflito, como o direito trabalhista e o direito econômico à busca pelo lucro, merece ser considerado conforme já exposto por Thiago Matsushita, com base nos argumentos também de Willis Santiago Guerra Filho e de João Mauricio Adeodato, da seguinte maneira:

Com efeito, a linha que a proporcionalidade tem característica própria que não permite a supressão de qualquer direito no conflito de normas, mas sim a sua condensação, compressão, sem exclusão nenhuma. Diante disso a possibilidade de se confundir a proporcionalidade com a razoabilidade é muito tênue, pois é desse confronto que o direito pode ou não ter a sua melhor solução possível ao caso. A razoabilidade é a análise pelo sopesamento entre princípios sendo que não há a compatibilização entre um e outro mas sim a preferência entre um e outro, provocando a exclusão de um deles no momento da aplicação. Dessa forma, a razoabilidade aplicará aquilo que for melhor

enquadrado ao caso concreto, portanto, diferentemente daquilo que prega a proporcionalidade que pressupõe incorporação de todos os princípios, sem exclusão de nenhum, mesmo que seja uma parte ínfima, mas ela estará presente, sempre. Com isso, garante-se que o princípio da proporcionalidade será aquele pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana poderá ser transportado, uma vez que a sua definição objetiva não é possível, mas, em termos jurídicos terá o seu grande componente.¹

É muito clara, portanto, a necessidade de uma abordagem com base no princípio da proporcionalidade do artigo 170 da Constituição, e isso, principalmente porque, ao expor como fundamento a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, evoca uma hermenêutica de compatibilidade desses dois pressupostos, mormente para sua aplicação em prol da dignidade da pessoa humana, sendo esta uma finalidade não só da ordem econômica como de toda a Constituição, o que se verifica também ao observar o artigo 1º, III, que prescreve a dignidade como fundamento da República Federativa do Brasil, além de também enunciados no mesmo artigo os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV).

A compatibilização desses dois pressupostos é muito debatida, inclusive constando em muitas teorias econômicas e jurídicas que oferecem uma visão que sustenta os empregadores e empregados como em constante conflito, principalmente se retomarmos as noções comunistas e socialistas tão difundidas inicialmente desde a segunda metade do século XIX.

Não queremos, vale salientar, diminuir os méritos dessas teorias, inclusive das marxistas, as quais trazem luz sobre a compreensão do funcionamento do próprio capitalismo, mas sim entender, já na contemporaneidade, uma ordem econômica brasileira que alude à evolução dos direitos empregatícios ao mesmo tempo em que está desperto às necessidades do empregador, sempre nessa relação dialética e que fomenta os ditames de um capitalismo avançado, em prol da dignidade da pessoa humana a todos e do sopesamento de direitos supostamente conflituosos.

¹ MATSUSHITA, Thiago L. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 190, 191

Já na década de 1930, para o fascismo italiano, influência inegável sobre o conceito contemporâneo de empresa, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superam seus antagonismos na medida em que se unem em torno dos superiores objetivos da nação, seguindo o líder, que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes sociais em conflito.

Essa influência italiana, infelizmente, não está muito distante. Isso porque, associada à lógica corporativista, os sindicatos, na relação negocial com a empresa, possuem pouca força e baixo nível de construção negocial, apesar de já haver se incorporado no país, inclusive constitucionalmente, os direitos humanos no pensamento do direito econômico recente, o que acarreta uma harmonização da sociedade com base nos pressupostos constitucionais e humanistas, levando em consideração os direitos internacionais. Os pressupostos de harmonização através da empresa, atualmente, não mais se limitam a ela e, mesmo quando nela inscritos, correspondem à dignidade da pessoa humana a todos, flexibilizando em muito o ideal hierárquico (de origem fascista) e levando todos a contribuírem para o bem-estar social sobre a dignidade da pessoa humana, tanto ao empregado quanto ao empregador.

Em geral, o Brasil possui uma visão um pouco distorcida sobre a relação capital/trabalho.

O direito do trabalho se isolou em face de toda e qualquer relação com os outros ramos do direito, até mesmo com o direito sindical. Ficam todos agarrados às normas trabalhistas estatais. Como exemplo, a contribuição sindical, de natureza tributária, é dinheiro público recebido com a ausência total de prestação de contas em face de quem quer que seja.

A estrutura sindical brasileira, assim, neste viés corporativista e instaurado com bases na teoria fascista da empresa de 1930, com total ausência de intervenção estatal sobre o seu funcionamento, foi feito para não negociar, para ficar à margem, para dar lugar a uma legislação trabalhista que, além de desencorajar os empresários a se estabelecerem, também acaba colaborando para o aumento da estrutura burocrática trabalhista brasileira.

No Brasil, como todos sabem, existem normas negociadas na estrutura jurídica, porém, a grande maioria das entidades sindicais

simplesmente não efetuam inovações laborais. Poucas entidades sindicais conseguem, produzir instrumentos normativos de qualidade, que trazem ganhos reais para os trabalhadores. Uma grande massa de sindicatos, estabelecem apenas e tão somente o que já é consagrado pela lei, perdendo, portanto, os sindicatos, a sua função primordial, e desperdiçando a criatividade sindical da normatização coletiva, princípio este tão caro e inerente às entidades.

Diversos autores, inclusive, afirmam que o direito sindical se encontra em crise, principalmente a partir da segunda metade da década de 1990, apesar dessa estrutura vir de tempos anteriores inclusive à Constituição Federal de 1988. E, sustentando essa assertiva, citemos dois fatores que a fundamentam: reestruturação empresarial e mudanças no perfil do trabalhador.

A reestruturação empresarial, se fez presente especialmente a partir do aumento exponencial dos fatores envolvidos com a globalização. Começou a surgir uma necessidade premente de adaptação aos padrões internacionais, gerando um aumento no número de fusão de empresas e de programas de inovação tecnológica, além de uma administração tendente à flexibilização dos direitos trabalhistas, com programas de qualidade, rendimentos variáveis e abonos salariais de acordo com a meta de produção. Esses fatores ampliaram a demanda por trabalhadores mais qualificados, ocasionando demissões em massa e reestruturação interna das empresas.

A ação sindical, neste sentido, acabou enfraquecida, pois o receio do desemprego tão presente nos últimos anos no Brasil, na crise econômica pela qual pequenas, médias e grandes empresas estão atravessando, acaba por silenciar os sindicatos, que, por outro lado, também sentem o peso da crise e a dificuldade de negociação para manutenção dos postos de trabalho.

A mudança no perfil do trabalhador, por sua vez, veio mais intensamente com a propostas e os programas de terceirização. A terceirização de serviços passou a ser adotada como forma de redução de custos e aumento de produtividade. A terceirização serve como forma de trazer à gerência poder de controle sobre os trabalhadores.

Assim, a instabilidade gerada por essas políticas e pela recente crise, atrelada à falta de condições estruturais e normativas de negociação por parte dos sindicatos, enfraqueceu o poder

coletivo dos trabalhadores, e conseqüentemente enfraqueceu as relações de emprego; e isso também é devido ao maior controle possibilitado para a gerência da firma terceirizada em face de seus trabalhadores.

Outrossim, o Brasil tem uma estrutura normativa trabalhista quase que exclusivamente advinda do Estado, com raríssimas exceções de regras formuladas no âmbito negocial. E esse cenário, esse sistema de forte dependência da legislação estatal que chamamos aqui de “sistema legislado” é um sistema que tem como pano de fundo o princípio protetor, e um desdobramento do princípio protetor é justamente o princípio da condição mais benéfica, ou seja: uma vez incorporado um direito trabalhista no patrimônio jurídico do trabalhador, esse direito resta intocável e em nenhum momento se poderá pleitear a sua exclusão.

Assim, tendo em vista que o sindicato não tem espaço negocial sobre essas normas, nem em uma relação de regras acordadas com o patronal, mesmo que por tempo determinado, essas normas não poderão ser flexibilizadas e retiradas do sistema – de fato, esse enrijecimento pode causar desemprego.

Ademais, a resposta organizada dos trabalhadores, através dos sindicatos, às dificuldades enfrentadas, acabou ficando enfraquecida, o que, conseqüentemente, leva ao aumento do poderio das empresas e a uma maior busca do aparato estatal, inclusive às normas e ao judiciário, a fim de encontrar soluções para os problemas que podem chegar a afetar toda uma classe de trabalhadores.

Assim sendo, em condições de crise, quando se necessita realizar mudanças mais profundas nas relações trabalhistas a fim de se garantir os postos de trabalho, mesmo que com formatações temporárias mais flexíveis dos direitos trabalhistas, não resta outra solução às empresas, muitas vezes a demissão, o que, com certeza, sendo uma solução inevitável por parte dos empregadores neste cenário enrijecido, é a pior solução possível para os empregados.

2. Enfoque dos direitos humanos fundamentais sobre o adensamento dos direitos do empresário e dos direitos trabalhistas

Conforme já avançado em outros estudos, o que temos é que o direito trabalhista não deve se fechar em sua redoma e tentar

trazer propostas às questões do empregado sem ao menos se imiscuir no direito econômico e no direito empresarial, pois, se assim for, continuará míope e a trazer ao cotidiano a já ultrapassada concepção de luta de classes entre empregado/empregador.

Fato é que o direito do trabalho não consegue mais dar respostas aos problemas atuais sem uma relação mais harmônica e entrelaçada com os outros ramos do direito, inclusive e de forma mais saliente com o direito econômico. E isso principalmente porque, no que diz respeito à manutenção do emprego, por exemplo, o direito do trabalho não está conseguindo cumprir com seus mandamentos, já que não permite qualquer tipo de ponderação, pois fechado a outras normas do Direito, exige o enrijecimento do patrimônio intacto de direitos trabalhistas a qualquer custo. Claro, deve-se salientar, não se trata de desconstrução do direito do trabalho, muito pelo contrário: a proposta é fomentar saídas constitucionais e legítimas de garantia do próprio emprego, do próprio posto de trabalho.

Os direitos das empresas, normalmente, são associados mais diretamente aos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão – liberdade –, levando-se em conta principalmente a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência, enquanto que os direitos dos trabalhadores estão compreendidos na segunda dimensão dos direitos humanos fundamentais, qual seja, a dimensão social, de prestação e de fomento da igualdade.

É de senso comum a afirmativa de que os direitos humanos fundamentais são indivisíveis e inalienáveis, só que, ao tratarmos dessa relação historicamente complexa entre empregados e empregadores, poucos se lembram que o empresariado está igualmente inserido nas crises e nos problemas instituídos no mercado capitalista e que seus direitos devem ser igualmente considerados na construção de políticas públicas e no processo hermenêutico dos exegetas do direito.

Portanto, não podemos aventar como fundamento da ordem econômica somente a valorização do trabalho humano, desconsiderando por completo os ditames constitucionais da livre iniciativa e do direito subjetivo de propriedade, ambos igualmente fundamentais à regência jurídica da economia.

Como bem afirma Paulo Ferreira da Cunha, “sem a liberdade, em geral, *tout court*, não há, não pode haver, verdadeiramente liberdade econômica [...]”. Este valor é efetivamente pré-requisito

[...]. Note-se, porém, desde já, que sem liberdade não poderão existir nem igualdade nem justiça dignas desse nome”.² E continua o autor:

É que, como dizia o mesmo Rousseau, sintomaticamente juntando liberdade e igualdade, pois estão ligadas, e é profunda falácia, hoje só sustentado por ingenuidade ou má-fé, argumentar pela liberdade contra a igualdade, como fazem os neoliberais, ou pela igualdade contra a liberdade, como fariam, se fossem sinceros, alguns coletivistas.³

A dignidade da pessoa humana, vale lembrar, é a todos, sendo a finalidade da ordem econômica. Portanto, para atingi-la, necessária a conjugação dessa ordem com os direitos humanos fundamentais e, por isso, igualdade e liberdade devem se conciliar e se harmonizar a essa finalidade, ambas dimensões condensadas através dos pressupostos de solidariedade que emana da dimensão terceira, qual seja, a dimensão fraterna desses direitos. Nesse sentido, cabem os dizeres de Francisco Pedro Jucá:

[...] podemos observar que o direito contemporâneo [...] migra gradativamente do enfoque estritamente subjetivista e individualista para o enfoque social, avançando sobre o coletivo, adotando a visão do todo, buscando a convivência equilibrada entre o individual e o coletivo, entre o geral e o particular.⁴

Essa migração do enfoque do direito contemporâneo, não só mas também do direito econômico, se justifica pelo clamor atual em prol de uma ordem jurídica que seja correlata aos problemas advindos do pensamento global, problemas esses que caminham em paralelo com a solução, qual seja, de um debate mais intenso sobre os direitos difusos e coletivos, de um inclusão cada vez maior da noção de dignidade da pessoa humana como finalidade de todo o direito, e uma atenção cada vez maior à dimensão dos direitos humanos fundamentais da fraternidade. Nessa esteira, vemos os

² CUNHA, Paulo F. da. Dos valores constitucionais socioeconômicos. In: MESSA, Ana Flávia; JUCÁ, Francisco Pedro; THEOPHILO JUNIOR, Roque. **Estado & economia: estudos em homenagem a Ademar Pereira**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

³ *Ibid.*, p. 21.

⁴ JUCÁ, Francisco Pedro. O bom governo da empresa. In: MESSA, Ana Flávia; JUCÁ, Francisco Pedro; THEOPHILO JUNIOR, Roque. **Estado & economia: estudos em homenagem a Ademar Pereira**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 482.

dizeres de Carlos Maximiliano:

[...] não se pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica. [...] as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.⁵

Assim, o direito do trabalho merece ser analisado em conjunto, em paralelo, com o direito econômico, para dar vazão a propostas e programas normativos que estabeleçam lado a lado os direitos do empregado e os direitos do empregador, adensando-os conforme o princípio da proporcionalidade em vias de que todos sejam aplicados na solução concreta a ser emanada do Direito e pelo Direito. Vale, dessa forma, salientar os dizeres de Lafayete Josué Petter:

Certo é que a importância do lucro e seu efeito sobre a atividade econômica e mesmo sobre toda a sociedade implicam na necessidade de sua conformação jurídica. Ao afetar a coletividade em geral, extravasa as cercanias do meramente econômico, havendo de harmonizar-se com o projeto político maior, consagrado na Lei Suprema, de consequente, havendo de conformar-se à ideologia constitucionalmente adotada. **Isso [...] nada tem a ver com uma atitude desqualificatória em relação à situação de lucratividade, ou aos fatos econômicos que a potencializam. [...] Há mesmo de se reconhecer que a resposta jurídica no enfrentamento da regulação do econômico há de ser tal que a atividade econômica encontre um clima propício ao seu desenvolvimento.**⁶
(grifo nosso)

Conforme a lição de Petter, cabe admitir que um clima propício ao desenvolvimento da atividade econômica capitalista é um dos objetivos-meio para o alcance da harmonização de todo o ordenamento jurídico econômico, incluso aí uma aplicação proporcional dos direitos trabalhistas, a fim que de que sejam

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 157-159.

⁶ PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319.

sopesados todas as normas e os valores emanados da ordem constitucional e infraconstitucional econômica.

Outrossim, mesmo com a ciência da importância dos direitos trabalhistas conforme legislados e aplicados pelo Estado, não é exagero nenhum afirmar que “a legislação trabalhista criou um peso financeiro excessivo aos empregadores. Sabe-se que o trabalhador formal custa ao empregador mais de duas vezes o valor efetivamente recebido pelo empregado”. Assim, para Luciana Luk-Tai Yeung,

O resultado disso é claro e a teoria econômica já prevê: trabalhadores de baixa qualificação têm grandes dificuldades em encontrar uma posição no mercado de trabalho formal. Se relacionarmos isso a outro problema crônico da economia brasileira – a baixa escolaridade média de parcela significativa dos trabalhadores – podemos compreender melhor as origens da grande informalidade da economia brasileira.⁷

Não se pretende, aqui, defender uma irrestrita e não condicionada flexibilização dos direitos trabalhistas, mas sim que é claro que há uma necessidade de harmonização maior entre os interesses dos empregados e dos empregadores, cada qual com sua função no ambiente econômico capitalista e fundados ambos em valores e normativas que orientam para a dignidade. Tanto a livre iniciativa tem que ser convidativa e justa ao empresário quanto o emprego deve possuir qualidades que sejam atrativas e justas ao empregado, conformando a ordem econômica brasileira em todos os seus princípios, fundamentos e na sua finalidade.

3. Direitos fundamentais da empresa e sua relação com o direito do trabalho

Pelo que acima foi dito, podemos elencar, junto com André Ramos Tavares, alguns direitos da empresa considerados fundamentais, e que em toda análise jurídica devem constar para uma hermenêutica condizente com os ditames constitucionais: livre iniciativa, direito de propriedade, e o que Tavares chama de direitos

⁷ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho. In: TIMM, Luciano B. (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 320.

fundamentais gerais de repercussão na empresa.⁸ Assim, é uma forma de visualizarmos, de imediato, “as principais normas constitucionais que abarcam a atividade empresarial, o que ocorre especialmente quando notamos o conjunto de liberdades previstas constitucionalmente para garantir, proteger e regular tal atividade no Brasil”.⁹

A livre iniciativa é fundamento da República brasileira e de sua ordem econômica, revelando a adoção pela Constituição do Brasil da forma de produção capitalista. A liberdade de iniciativa, assim, está diretamente ligada ao direito de propriedade, aquele enquanto decorrente deste. Como diz Celso Ribeiro Bastos, “o empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender”.¹⁰ Claro que absoluto, porém, sempre sob os ditames mínimos de respeito e observância à dignidade de todos.

Assim, sinteticamente, é possível estabelecer a liberdade de iniciativa no campo econômico como constituída pela liberdade de trabalho e de empreender, conjugada com a liberdade de associação, tendo como pressupostos o direito de propriedade, a liberdade de contratar e de comerciar.¹¹ Evidenciar, como faz André Ramos Tavares, a livre iniciativa como também liberdade de trabalho, nos fornece instrumento importante para a absorção desse pressuposto que, inicialmente sob o pensamento excludente como somente do empresário, passa a compreender sua absorção com as suas duas faces inseparáveis e que, condensadas no trabalho e na empresa, constituem a sociedade capitalista.

Já o direito de propriedade, por sua vez, é o princípio, escopo e fundamento do direito da empresa, o direito subjetivo de exploração de um bem, concebido como a relação entre um sujeito ativo (proprietário) e um sujeito passivo, universal, constituído por todas as demais pessoas.¹² Um regime econômico será identificado

⁸ Além desses direitos, André Ramos Tavares também fala do direito da concorrência, em face da igualdade de tratamento e da liberdade; e do direito à imagem, que diz respeito ao reconhecimento e à proteção da imagem tanto das pessoas físicas ou jurídicas quanto também de seus titulares. Escolhemos citar somente aqueles por simples recorte metodológico do tema do presente trabalho.

⁹ TAVARES, André R. **Direito Constitucional da Empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, p. 34.

¹¹ *Ibid.*, p. 34, 35.

¹² *Ibid.*, p. 63.

basicamente através da relação que sua Carta Magna (em regra) estipula sobre o direito de propriedade, ou seja, há uma relação umbilical entre a denominada ordem econômica e a propriedade.

O direito de propriedade caminha lado a lado à sua função social, e, por isso, “fica o proprietário jungido a observar desde o papel produtivo que deve ser desempenhado pela propriedade – passando pelo respeito à ecologia – até o cumprimento da legislação social e trabalhista pertinente aos contratos de trabalho”.¹³ E também podemos dizer que, da mesma forma, não se pode denominar de função social determinado fator que fira gravemente o próprio direito de propriedade o qual aquela função busca restringir. Assim, o direito de propriedade também tem em seu âmago a busca pelo lucro, já que o ganho financeiro resultado do negócio empreendido também é de propriedade, em princípio legítima, do empresário. A função social advinda do atendimento às normativas trabalhistas igualmente merece limitações, para não colidir com a natureza daquele direito responsável por definir a ordem econômica.

Por fim, tem-se os chamados direitos fundamentais “gerais” de repercussão na empresa. Esses direitos englobam a garantia da legalidade, a garantia do devido processo legal e da ampla defesa, e a segurança jurídica. A previsibilidade que acompanha esses direitos é primordial para o bom conduzir das atividades econômicas, já que é pressuposto essencial para que se forme um espaço adequado ao exercício das liberdades econômicas, a fim de que os atos dos agentes econômicos tenham um mínimo de previsão sobre suas consequências legais. Ademais, “mudanças bruscas de orientação normativo-econômica podem gerar direito à reparação, por parte do Estado, quando presentes algumas condições, como o interesse coletivo, v.g., na vedação de determinada atividade empresarial até então considerada lícita”.¹⁴

4. A reforma trabalhista e a terceirização no atual período de crise brasileira

Conforme já dito, a relação entre a salvaguarda dos direitos

¹³ ORRUTEA, Rogério M. **Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno**. Londrina: UEL, 1998, p. 214.

¹⁴ TAVARES, op. cit., p. 80

trabalhistas e o direito de propriedade, especificamente o direito ao lucro, deve ser preservada no cotejo dos princípios e normas processuais e materiais.

Soma-se a isso o dever dos três Poderes de respeito formal e material à Carta Magna, buscando, através de uma interpretação sistêmica de seus termos, a proporcionalidade sobre os interesses dos agentes econômicos e da força trabalhadora.

A Lei 13467/2017 (reforma trabalhista), não anula a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), apesar de flexibilizar mais de cem mecanismos contidos nela.

A ideia, em tese, seria dar mais força aos acordos firmados entre contratante e contratado, que prevaleceriam sobre os artigos da CLT. Neste sentido, entre as mudanças mais discutidas desse Projeto estão também as alterações à Lei 6.019/1974, especialmente em seu art. 4º-A, o qual dita que:

Art. 4º-A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

É a terceirização da atividade-fim, disposta inclusive como inconstitucional pelo Ministério Público do Trabalho, na Nota Técnica 5 emitida pela Secretaria de Relações Institucionais deste Ministério. Em seus termos, essa terceirização é inconstitucional pois:

[...] a norma do artigo 7º, I, da CF/88 pressupõe a relação direta entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços, que se apropria do fruto do trabalho. A terceirização da atividade-fim caracteriza intermediação ou locação de mão de obra, a partir da interposição de terceiro entre os sujeitos da prestação de trabalho, reduzindo o trabalhador à condição de objeto, de coisa. E isto – a coisificação do ser humano – ofende, frontalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.¹⁵

¹⁵ MPT. **Nota Técnica n. 5**. 17 de abril de 2017. Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 13 jul. 2017.

Segue no mesmo entendimento a Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta por Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República. Afirma Janot que “o mecanismo de terceirização, ao promover alta rotatividade de mão de obra, frustra radicalmente a pretensão constitucional de continuidade do vínculo de emprego e esvazia a eficácia dos direitos que dela dependem”.¹⁶ Assim, continua ao afirmar que há uma redução protetiva decorrente da ausência, no emprego terceirizado, de elementos que integram o sentido histórico conferido pela Constituição de 1988 à relação de emprego e que têm por função conferir-lhe alta densidade de proteção social, isso, em suas palavras, inclusive em face da:

[...] integração do trabalhador na organização da empresa, pretensão de continuidade do vínculo de trabalho e pessoalidade na prestação do labor. A Constituição de 1988 inseriu os direitos sociais dos trabalhadores no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) de seu Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, e inicia essa proclamação no art. 7º, I, com reconhecimento do direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”. Aqui, a relação de emprego figura como fonte dos demais direitos trabalhistas previstos nos arts. 7º a 11, além dos direitos previstos na legislação infraconstitucional e nas negociações coletivas. Consagrando a noção jurídica de relação de emprego construída na doutrina social do século XX, a norma constitucional apropria-se de conteúdo histórico que agrega elementos de proteção social reconhecidos por normas internacionais de proteção ao trabalho, conforme se infere da Recomendação 198 da OIT, de 31 de maio de 2006. Com a preocupação de “combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto [...] de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal”, o documento propõe, nas políticas nacionais, que os membros definam em sua legislação, “indicadores específicos da existência de relação de trabalho”, com destaque para os seguintes elementos fáticos, que revelam pretensão de consenso entre os estados-membros acerca de características fundamentais da relação de emprego: a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do

¹⁶ BARROS, Rodrigo J. M. de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adin-terceirizacao.pdf>>. Acesso em 14 jul 2017

trabalhador na organização da empresa; b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador; e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo.¹⁷

As consequências da terceirização no mercado brasileiro são avaliadas por profissionais das mais diversas searas especialmente a partir da década de 1990, ou seja, após o advento da Constituição Federal de 1988 e os processos de privatização e indução à produtividade dos agentes privados através da flexibilização dos direitos trabalhistas.

Em estudo realizado ainda em 2011 através do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEEPRES), Marcio Pochmann ressalta que a principal motivação do processo de terceirização tem sido, em geral, a busca da redução do custo do trabalho como mecanismo de maior competitividade e ampliação da margem de lucro diante da exposição do setor produtivo à concorrência internacional.¹⁸ Assim, “em função disso, a terceirização termina por apresentar contratações de trabalhadores com remuneração e condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho anteriormente existentes e aos equivalentes não submetidos à subcontratação da mão de obra”.¹⁹ Nesse sentido, ainda em Pochmann:

A principal motivação do processo de terceirização tem sido, em geral, a busca da redução do custo do trabalho como mecanismo de maior competitividade e ampliação da margem de lucro diante da exposição do setor produtivo à concorrência internacional. Em função disso, a terceirização termina por apresentar contratações de trabalhadores com remuneração e condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho anteriormente existentes e aos equivalentes não submetidos à subcontratação da mão de obra.²⁰

No mesmo caminho, Janot expõe que os trabalhadores terceirizados, quando comparados aos empregados diretamente

¹⁷ Ibid., 2017.

¹⁸ POCHMANN, Márcio. **Sindeepres, Trajetórias da Terceirização Pesquisa inédita.** Sindeepres. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017, p. 13.

¹⁹ Ibid., p. 13.

²⁰ POCHMANN, op cit., p. 13.

contratados por empresas tomadoras de serviços, “se submetem a alta rotatividade: oito em cada dez empregados terceirizados seriam substituídos ao final de cada ano de trabalho”.²¹ Assim:

Trabalhadores terceirizados, que têm contratos de trabalho sucessivamente extintos antes de completar um ano, não chegam a adquirir direito a férias anuais remuneradas (CR, art. 7º, XVII). Os que têm contrato extinto no segundo ano de trabalho provavelmente não usufruem as férias, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos que compreendem o período concessivo. Geralmente, nesses casos, recebem em pecúnia a remuneração proporcional de férias não gozadas e emendam contratos sucessivos de trabalho com empregadores diferentes, sem desfrutar de férias, o que monetiza um direito fundado em considerações e metas relacionadas à saúde pública. A prática esvazia sobremaneira a eficácia do direito fundamental voltado à regeneração física e mental e ao convívio social e familiar do trabalhador.²²

A terceirização da atividade-fim, dessa forma, é combatida por diversos estudiosos e órgãos públicos na forma em que está sendo apresentada. Isso porque percebe-se a ausência do sopesamento dos direitos trabalhistas em face dos interesses econômico-empresariais, conforme referido acima.

Conforme os argumentos levantados, entre outros, não é segredo a condição fragilizada dos empregados no processo de terceirização, proporcionada pela lei em face do interesse lucrativo dos agentes econômicos.

Os critérios de proporcionalidade entre os frutos do direito de propriedade e a promoção da dignidade dos sujeitos hipossuficientes foram conquistas traduzidas em normas jurídicas na Consolidação das Leis do Trabalho, a qual, mesmo se considerando a sua necessária revisão, especialmente em vista das mudanças estruturais do próprio mercado de trabalho no século XXI, não pode ser flexibilizada ao ponto de incorrer em inconstitucionalidades e retirada de direitos – sem qualquer compensação jurídica – duramente conquistados pelos trabalhadores brasileiros.

²¹ BARROS, Rodrigo J. M. de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adin-terceirizacao.pdf>>. Acesso em 14 jul 2017.

²² *Ibid.*, 2017.

Isso porque a ordem econômica brasileira, conforme já referido, sustenta-se tanto no pilar da livre iniciativa empresarial quanto na coordenação de programas políticos e normas jurídicas que satisfaçam o pressuposto do tratamento desigual aos desiguais no que diz respeito aos empregados detentores da força de trabalho.

Conclusão

O Direito Econômico brasileiro tem como finalidade a dignidade de todos, com base na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano.

Os fatores que são constitucionalmente abordados e que correspondem diretamente à ordem econômica podem parecer, num primeiro momento, conflituosos, principalmente se não for realizada uma hermenêutica sistêmica do ordenamento.

Porém, é premente, conforme dissertado no presente trabalho, uma observância dos direitos do empresário e dos direitos do trabalhador na perspectiva dos direitos humanos fundamentais, a fim de balizá-los pelo princípio da proporcionalidade e fomentarmos um verdadeiro equilíbrio da lógica capitalista de mercado entre empregador e empregado, sem favorecer por demais somente um dos lados.

Para finalizar, vale salientarmos que normas de segurança e saúde do trabalho não podem ser negociadas em hipótese nenhuma, mas as normas periféricas a estas claramente merecem um balanceamento, um tratamento proporcional aos direitos de liberdade – primeira dimensão dos direitos humanos – sob o enfoque aqui proposto do direito econômico.

Claro que se deve trabalhar dentro de alguns limites, mas esses limites já estão constitucionalmente definidos como prementes na concretização dos ditames da dignidade do trabalhador, especialmente pelo artigo 7º da Constituição Federal. Ou seja, ao fim e ao cabo, o direito trabalhista evidentemente deve ser analisado em paralelo com o direito responsável pela regência jurídica da economia, nunca se esquecendo dos objetivos finais constitucionais e também para ser orientado pelos ditames das três dimensões dos direitos humanos fundamentais, sempre em prol da dignidade da pessoa humana a todos.

Referências

BARROS, Rodrigo J. M. de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adin-terceirizacao.pdf>>. Acesso em 14 jul 2017.

CUNHA, Paulo F. da. Dos valores constitucionais socioeconômicos. In: MESSA, Ana Flávia; JUCÁ, Francisco Pedro; THEOPHILO JUNIOR, Roque. **Estado & economia: estudos em homenagem a Ademar Pereira**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUCÁ, Francisco Pedro. O bom governo da empresa. In: MESSA, Ana Flávia; JUCÁ, Francisco Pedro; THEOPHILO JUNIOR, Roque. **Estado & economia: estudos em homenagem a Ademar Pereira**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATSUSHITA, Thiago L. **O jus-humanismo normativo – expressão do princípio absoluto da proporcionalidade**. 2012. 206 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MPT. **Nota Técnica n. 5**. 17 de abril de 2017. Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em 13 jul. 2017.

ORRUTEA, Rogério M. **Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno**. Londrina: UEL, 1998.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POCHMANN, Márcio. **Sindeepres, Trajetórias da Terceirização**

Pesquisa inédita. Sindeepres. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/~sindeepres/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade Sindical e Representação dos Trabalhadores nos Locais de Trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

TAVARES, André R. **Direito Constitucional da Empresa.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho. In: TIMM, Luciano B. (org.) **Direito e economia no Brasil.** 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIVRE COMÉRCIO E COMÉRCIO JUSTO: AS CADEIAS DE PRODUÇÃO GLOBAIS E OS DESAFIOS DA PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE EM NÍVEL INTERNACIONAL E NO BRASIL

Eliana dos Santos Alves Nogueira*

Sumário: 1. O novo mercado de trabalho e as cadeias de suprimento globais. Uma noite no cinema. 2. Alternativas para promover o trabalho decente nas cadeias de suprimento globais em nível internacional e no Brasil. Referências.

Resumo: A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 10 de junho de 2016, publicou um relatório sobre o trabalho digno nas cadeias de suprimentos globais. Neste relatório, a OIT reconheceu a importância das cadeias de abastecimento globais, mas apontou os problemas para a promoção do trabalho decente, bem como a presença de trabalho infantil e trabalho forçado em algumas cadeias de suprimentos globais nos segmentos mais baixos da cadeia. Por exemplo, os trabalhadores migrantes e os trabalhadores a domicílio estão em muitas cadeias de fornecimento globais e enfrentam várias formas de discriminação como proteção legal limitada ou nenhuma. Uma possível solução para esse problema é tornar a empresa central da cadeia responsável por lesões aos direitos dos trabalhadores envolvidos em todo o processo de produção, independentemente de quando ou onde eles trabalharam. Essa idéia de subordinação estrutural significa reconhecer que o beneficiário da produção deve ser responsável pelos direitos fundamentais dos trabalhadores envolvidos em todo o processo produtivo, independentemente de onde ele se desenvolveu. Portanto, se a empresa decidir fragmentar sua produção (livre comércio), o dever de garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores (comércio justo) durante todo o processo de produção. A garantia dos direitos sociais fundamentais deve estar ao centro da garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Abstract: The International Labor Organization (ILO) on June 10, 2016 published a report on decent work in global supply chains. In this report, the ILO recognized the importance of global supply chains, but pointed out the problems for the promotion of decent work, as well as the presence of child labor and forced labor in some global supply chains in the lower segments of the chain. For instance, migrant workers and homeworkers are in many global supply chains and face several forms of discrimination as limited or no legal protection.¹ One

* Juíza do Trabalho, titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP e Coordenadora do Juizado Especial da Infância e Adolescência da Justiça do Trabalho de Franca/SP; Bacharel e Mestre em Direito do Trabalho pela FCHS – UNESP/Franca/SP, Professora Assistente junto ao Departamento de Direito Privado e Processo do Trabalho da FCHS - UNESP / Franca / SP; Doutoranda em Direito do Trabalho junto à Faculdade La Sapienza Roma / Italia.

¹ Disponível em:

https://www.anamatra.org.br/images/uploads/Anexos_Noticias/2016/relatorio-cadeias-produtivas.pdf. Acesso em 20/05/2017.

possible solution to this problem is to make the central company of the chain responsible for injuries to the rights of the workers involved in the entire production process, regardless of when or where they were. This idea of structural subordination means recognizing that the beneficiary of production must be responsible for the fundamental rights of workers involved in the entire production process, regardless of where it has developed. Therefore, if the company decides to fragment its production (free trade), duty to guarantee the fundamental rights of workers (fair trade) during the entire production process. The idea of fair trade necessarily involves the guarantee of fundamental social rights.

1. O novo mercado de trabalho e as cadeias de suprimento globais. Uma noite no cinema

Imagine que está em um cinema assistindo um filme de animação conhecido. Agora imagine todas as pessoas que tornaram essa experiência possível. O filme foi produzido por uma empresa baseada nos Estados Unidos da América, que recorreu a subcontratados na Índia e na República da Coreia. As pipocas que está comendo foram colhidas por trabalhadores na Argentina, preparadas com óleo de palma de uma plantação na Malásia e produzidas em máquinas montadas em Itália. A cadeira onde está sentado foi fabricada na Polônia. O carro que conduziu até ao cinema foi montado em Espanha, com partes vindas da Áustria, França, Japão, México e Tailândia. Foi transportado num navio cargueiro pertencente a um cidadão grego através de uma empresa liberiana, que foi construído no Japão e é movido por motores finlandeses. De fato, as duas horas que passou a ver o filme podem ter exigido o trabalho de milhares de pessoas em dezenas de países nas cadeias de abastecimento mundiais.²

A globalização da economia, entendida como a liberalização das barreiras alfandegárias para possibilitar o livre comércio mundial, movimento que ganhou espaço a partir do final dos anos 80, trouxe como primeiro efeito concreto a flexibilização produtiva, ao deixar para trás o paradigma fordista (centrado na produção em série) e assumir o paradigma taylorista (centrado na flexibilidade dos modos de produção).

A flexibilização produtiva busca adequar a produção às novas

² Disponível em:

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/cit105_relatorio_iv_pt.pdf. Acesso em 08/06/2017.

necessidades do mercado mundial, cada vez mais volátil e inovador, fruto do amplo desenvolvimento tecnológico e da comunicação em rede, que conecta seres humanos instantaneamente, onde quer que estejam e, ao mesmo tempo, deve possibilitar que bens e serviços estejam disponíveis para comércio e consumo em qualquer ponto do globo terrestre.

Este novo modo de produzir exige que as empresas sejam cada vez mais competitivas, a fim de que bens e serviços possam concorrer em qualidade e preço com os fabricados pelos concorrentes.

Diversos fatores interferem para criação de uma concorrência adequada entre os entes que atuam no comércio mundial. O fator de maior relevância, para o mundo jurídico, está exatamente na diversidade das leis que regem o mercado dentro de cada estado-nação, principalmente quanto àquelas regras que regulam o trabalho e a tributação da produção.

Tal regulamentação dos mercados é necessária exatamente porque ele não pode se regular por si só, já que apresenta uma concorrência imperfeita, baseada em externalidades que, por sua diversidade e em razão de diferentes modelos regulatórios, impactam o mercado global de diversos modos.

São exemplos de efeitos deletérios desta concorrência imperfeita as medidas utilizadas para redução dos custos de produção que, por vezes, ao adotar medidas que rompem os limites mínimos remuneratórios que podem garantir a subsistência do trabalhador, se apresentam em níveis que precarizam as relações de trabalho, a ponto de criar um déficit estrutural de trabalho decente, e, com isso, atuam como elementos que agravam as disparidades sociais dentro de cada país.

A participação do estado, via criação de leis internas que regulam o mercado, tem a finalidade de corrigir ou, pelo menos, reduzir as falhas deste sistema.

As normas de proteção do trabalho, fruto das lutas operárias em prol de condições mínimas que garantissem trabalho digno, acolhidas pelo estado-legislador, foram uma das estratégias adotadas para correção desta concorrência imperfeita.

A flexibilização produtiva, como meio de garantir competitividade e visando o aumento da produtividade, encontrou nas normas de proteção ao trabalho (proteção contra dispensa arbitrária, garantia de remuneração mínima, previsão de períodos

de repouso, o modelo *standard* da admissão de trabalhadores através de contratos de trabalho subordinado com jornada integral e por prazo indeterminado, entre outras), um obstáculo à livre concorrência, pela suposta “rigidez” dos direitos sociais frente a este novo modelo fragmentário da produção.

Para superar tal obstáculo, o mercado se reorganizou e, em parte, o fez transferindo a produção para países onde o custo da produção de bens e prestação de serviços fossem menores, o que significa dizer onde o custo da mão de obra, matéria prima e o valor dos tributos pudessem atuar como fatores favoráveis à composição do custo final.

A nova indústria que surgiu nas últimas décadas, apropriando-se dos benefícios que a tecnologia trouxe, passou a exigir um número cada vez menor de trabalhadores dentro dos processos produtivos, o que agravou o desemprego e criou uma situação irreversível de desemprego estrutural. O número de desocupados não para de crescer, atingindo trabalhadores em qualquer parte do mundo.³

Some-se a este cenário a exigência, por parte deste novo modelo produtivo, da flexibilização normativa do direito do trabalho, a fim de que as normas de proteção pudessem adaptar-se a ele, defendendo-se a idéia da mínima interferência legislativa, com a criação de modelos flexíveis de contratação trabalhista, transformando o contrato *standard* padrão em uma exceção à regra, que agora passa a ser a contratação flexível através de modelos contratuais que permitam a utilização sob medida da mão de obra e do tempo de trabalho, a exemplo dos contratos de trabalho intermitentes.

A inclusão dos *outsiders* no mercado de trabalho tem sido buscada através de políticas ativas que visam a qualificação e profissionalização, aliadas a algumas medidas de proteção social, como a extensão de benefícios e auxílios para sustento em períodos de desemprego. O modelo denominado *flexicurity*,⁴ apoiado pela

³ Relatório ILO about World Employment Social Outlook Trends 2016, disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_443480.pdf . Acesso em 09/06/2017.

⁴ Definição disponível no site <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102> - Flexicurity is an integrated strategy for enhancing, at the same time, flexibility and security in the labour market. It attempts to reconcile employers' need for a flexible workforce with workers' need for security – confidence that they will not face long periods of unemployment.

União Européia é um exemplo.

As sucessivas crises econômicas, agravadas a partir de 2008, e alinhadas às inovações tecnológicas (dentre elas a recente assimilação das plataformas digitais como meio de prestação de trabalho), incrementaram um mercado de trabalho cada vez mais pautado pela fragmentação produtiva e segmentação da produção, em busca de maior competitividade.

Embora dentro de cada estado nação exista uma linha político-econômica de regulação dos mercados, incluindo aqui o mercado de trabalho, a comunidade internacional ainda carece de um déficit de normas internacionais vinculantes que obriguem as empresas que optam por tal fragmentação produtiva, em grandes cadeias de abastecimento global, a garantir um mínimo de direitos sociais aos trabalhadores envolvidos nos processos produtivos.

Como consequência imediata desse déficit, as cadeias produtivas buscam incrementar sua competitividade e, com isso, buscam mercados onde a regulação do trabalho garanta menores custos de produção e, ao mesmo tempo, legislações trabalhistas que sejam mais flexíveis, cujo nível de proteção, invariavelmente, é menor.

De acordo com o relatório *World Employment and Social Outlook – Trends 2017*, o emprego tem se expandido exatamente onde os trabalhadores recebem os piores salários. O relatório pontua que cerca de 60% da mão de obra mundial está concentrada na Ásia e na região do Pacífico, e o sul da Ásia é o local onde a maior parte do novo emprego foi criada, especificamente na Índia. A Indonésia e as Filipinas aparecem como países onde houve o maior crescimento do emprego.

Correspondendo a cerca de 60% da força de trabalho global, o emprego líquido da região da Ásia e do Pacífico cresceu mais de 20 milhões em 2016, o que equivale a um crescimento de cerca de 1,1 por cento, com uma expansão similar prevista em 2017. O sul da Ásia criou a maior parte do novo emprego, com expansão do emprego em 13,4 milhões de unidades em 2016, sustentada pelo crescimento da população em idade laboral. A maior parte deste novo emprego foi criado na Índia. O emprego total expandiu-se em cerca de 5 milhões no Sudeste Asiático e no Pacífico, o que equivale a um crescimento de 1,6 por cento, e prevê crescimento de mais 4,5 milhões em 2017, sendo que a Indonésia e as Filipinas representam a maior parte do crescimento do emprego nessa Sub-

região. No Leste Asiático, o emprego cresceu menos, em menos de meio ponto percentual por ano, em grande medida porque o crescimento da força de trabalho da China começa a encolher.⁵

O mesmo relatório indica que quase a metade destes mesmos trabalhadores, do sul da Ásia, e 2/3 da África Subsaariana vivem em pobreza extrema ou moderada.

A pobreza da classe trabalhadora permaneceu um problema em 2016, com quase metade dos trabalhadores no sul da Ásia e quase dois terços dos trabalhadores da África subsaariana vivendo em pobreza extrema ou moderada (ou seja, vivem com menos de US \$ 3,10 por dia em termos de poder de compra). As taxas de pobreza dos trabalhadores têm diminuído a longo prazo e espera-se que esta tendência continue em 2017. Nos países emergentes e em desenvolvimento, a participação dos trabalhadores que vivem em pobreza moderada ou extrema deverá cair de 29,4% em 2016 para 28,7% em 2017. No entanto, o progresso na redução das taxas de pobreza no trabalho está diminuindo.⁶

Isto significa que não obstante a fragmentação produtiva possa criar empregos, eles tem sido criados de modo precário, exatamente onde os trabalhadores recebem os menores salários e onde o déficit de trabalho digno é encontrado com maior evidência.

Apenas para citar um exemplo, a região da Ásia e do Pacífico

⁵ ILO. World Employment and Social Outlook – Trends 2017. Available in < http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2017/WCMS_540899/lang-en/index.htm>, page 24. Access in 10/05/2017. Tradução livre. Texto original: Accounting for nearly 60 per cent of the global workforce, the Asia and the Pacific region's net employment expanded by over 20 million in 2016, equivalent to growth of around 1.1 per cent, with a similar expansion anticipated in 2017. Southern Asia has created most of the new employment, with employment expanding by 13.4 million in 2016, underpinned by population-driven labour force growth. The majority of this new employment was created in India. Total employment expanded by around 5 million in South-Eastern Asia and the Pacific, equivalent to growth of 1.6 per cent, and is forecast to grow by another 4.5 million in 2017, with Indonesia and the Philippines accounting for the majority of employment growth in this subregion. In Eastern Asia, employment is growing the least, at less than half a percentage point each year, largely as growth of China's workforce starts to shrink.

⁶ Idem, page 4. Access in 10/05/2017. Tradução livre. Texto original: Working poverty remained a problem in 2016, with nearly half of workers in Southern Asia and nearly two-thirds of workers in sub-Saharan Africa living in extreme or moderate working poverty (i.e. living on less than US\$3.10 per day in purchasing power terms). Working poverty rates have been declining over the long term and this trend is expected to continue in 2017. In emerging and developing countries, the share of workers living in moderate or extreme poverty is expected to fall from 29.4 per cent in 2016 to 28.7 per cent in 2017. However, progress in reducing working poverty rates is slowing.

continua registrando altíssimos níveis de trabalho infantil, com quase 78 milhões ou 9,3% da população infantil.⁷

É fato que os desafios para implantação do trabalho digno já existiam antes que tais trabalhadores participassem das cadeias de abastecimento mundiais. O que se pontua é que a atividade destas cadeias tem apenas perpetuado, intensificado e criado novos desafios.

Em realidade, resta evidenciado que as pressões por maior competitividade em razão da concorrência, acaba por atuar como elemento de redução do nível salarial, piora das condições de trabalho e desrespeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

É dentro desse panorama que está a importância fundamental de atribuir a responsabilidade adequada aos entes das cadeias de suprimento globais, notadamente aquele que se beneficia direta ou indiretamente da cadeia que se instala para possibilitar o fornecimento global. Elas são as grandes gestoras dos processos produtivos que se desenvolvem em escala global.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 10 de junho de 2016, publicou um relatório sobre o trabalho decente nas cadeias de suprimentos globais. Neste relatório, a OIT reconheceu a importância das cadeias de abastecimento globais, mas sinalizou os problemas para promover o trabalho decente, tais quais:

As cadeias de fornecimento globais são complexas, diversas e fragmentadas. No mercado têxtil, vestuário, varejo, calçado, automotivo, alimentar e agrícola, frutos do mar, pescas, eletrônicos, construção, turismo e hospitalidade, horticultura, transportes e outros setores, as cadeias de suprimentos globais aumentaram, facilitadas pelo desenvolvimento tecnológico. Contribuíram para o crescimento econômico, a criação de emprego, a redução da pobreza e o empreendedorismo e podem contribuir para a transição da economia informal para a economia formal. Eles podem ser um motor de desenvolvimento, promovendo a transferência de tecnologia, adotando novas práticas de produção e movendo-se para atividades de maior valor agregado, o que aumentaria o desenvolvimento de habilidades, produtividade e competitividade.

O impacto positivo das cadeias de fornecimento globais na

⁷ ILO. [Medir los progresos en la lucha contra el trabajo infantil - Estimaciones y tendencias mundiales 2000-2012](http://www.oit.org/ipec/Informationresources/WCMS_221514/lang--es/index.htm). (OIT-IPEC, 2013). Available in <http://www.oit.org/ipec/Informationresources/WCMS_221514/lang--es/index.htm>. Access in 02/06/2017.

criação de emprego é importante em vista das mudanças demográficas em termos de envelhecimento, crescimento populacional e aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho. Em todo o mundo, milhões de mulheres e homens jovens procuram oportunidades para entrar no mercado de trabalho. A participação nas cadeias de suprimentos globais aumenta suas chances de se encontrar no mundo do trabalho formal, fazendo bem para si e suas famílias e com sucesso na vida.

Ao mesmo tempo, as falhas em todos os níveis das cadeias de abastecimento globais contribuíram para déficits de trabalho decente para condições de trabalho, como nas áreas de segurança e saúde no trabalho, salários, tempo de trabalho e impacto sobre a relação de trabalho e as proteções que pode oferta. Tais falhas também contribuíram para o comprometimento dos direitos trabalhistas, particularmente a liberdade de associação e a negociação coletiva. A informalidade, as formas de emprego não padronizadas e o uso de intermediários são comuns. A presença de mão-de-obra infantil e trabalho forçado em algumas cadeias de abastecimento globais é aguda nos segmentos mais baixos da cadeia. Os trabalhadores migrantes e os trabalhadores a domicílio são encontrados em muitas cadeias de suprimentos globais e podem enfrentar várias formas de discriminação e proteção legal limitada ou nenhuma.⁸

⁸ Texto original: Global supply chains are complex, diverse and fragmented. Across textile, clothing, retail, footwear, automotive, food and agriculture, seafood, fisheries, electronics, construction, tourism and hospitality, horticulture, transport and other sectors, global supply chains have increased, facilitated by technological development. They have contributed to economic growth, job creation, poverty reduction and entrepreneurship and can contribute to a transition from the informal to the formal economy. They can be an engine of development by promoting technology transfer, adopting new production practices and moving into higher value-added activities, which would enhance skills development, productivity and competitiveness. The positive impact of global supply chains on job creation is important in view of demographic changes in terms of aging, population growth and the increase of women's participation in the labour market. Across the world, millions of young women and men are looking for opportunities to enter the labour market. Participation in global supply chains increases their chances of getting a foothold in the world of formal work, doing well for themselves and their families, and succeeding in life. At the same time, failures at all levels within global supply chains have contributed to decent work deficits for working conditions such as in the areas of occupational safety and health, wages, working time, and which impact on the employment relationship and the protections it can offer. Such failures have also contributed to the undermining of labour rights, particularly freedom of association and collective bargaining. Informality, non-standard forms of employment and the use of intermediaries are common. The presence of child labour and forced labour in some

O maior desafio trazido pelas cadeias de fornecimento global é exatamente o de alinhar o comércio livre (globalizado, competitivo e com altos índices de produtividade) com o comércio justo (garantir o trabalho decente a todos os envolvidos na cadeia produtiva).

2. Alternativas para promover o trabalho decente nas cadeias de suprimento globais em nível internacional e no Brasil

O quadro atual da globalização da economia, analisado sob o prisma das cadeias globais de produção, pode ser definido como um quadro de hiperflexibilização, já que extrapola a mera fragmentação da produção e flexibilização das normas trabalhistas.

A disseminação da produção em várias etapas produtivas, ao longo da cadeia de produção, utilizando-se de empresas ou trabalhadores autônomos em várias partes do globo terrestre, sem garantias mínimas de direitos que garantam o trabalho decente, aliadas às necessidades locais (países de baixo desenvolvimento político-sócio-econômico) e pessoais (trabalhadores excluídos do mercado de trabalho e de baixa qualificação, além dos imigrantes em situação de miserabilidade e alta vulnerabilidade), são os combustíveis ideais para desencadeamento de uma crise social mundial sem precedentes.

Por mais que o mercado defenda a tese da flexibilização irrestrita dos modos de produção e o poder público tente criar alternativas, como a *flexicurity* defendida pela União Europeia e aplicada por alguns ordenamentos jurídicos, é preciso ter em mente que os direitos fundamentais dos trabalhadores não admitem nenhum tipo de flexibilização, no sentido de que o direito à vida, à saúde, à moradia e à educação são inflexíveis e inegociáveis.

A inversão dos valores em jogo fere de morte o direito ao trabalho decente.

O argumento corrente tem sido o de que, em decorrências das sucessivas e cada vez mais profundas crises econômicas, são necessárias ações governamentais que visem salvarguardar as

global supply chains is acute in the lower segments of the chain. Migrant workers and homeworkers are found in many global supply chains and may face various forms of discrimination and limited or no legal protection.. Tradução Livre. Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/cit105_relatorio_iv_pt.pdf
Acesso em 10/05/2017.

empresas e indústrias. Sem tais medidas, não haveria possibilidade de garantir ou criar postos de trabalho.

O problema não está no argumento (ações são necessárias para salvaguardar as = empresas durante as crises econômicas), mas no remédio que se utiliza para atingir tal finalidade (hiperflexibilização do mercado de trabalho). É como se tentássemos combater uma irreversível, grave e profunda infecção com placebo: a cura apenas virá se a fé do paciente, efetivamente, movimentar montanhas...

Essa hiperflexibilização do mercado de trabalho tem provocado efeitos nefastos para as relações de trabalho, cada vez mais precarizadas e precarizantes.

Hoje as cadeias de abastecimento globais possuem à sua disposição o trabalho humano em qualquer lugar do globo terrestre e sob as mais diversas formas: desde a clássica fórmula do contrato de trabalho subordinado a tempo indeterminado, passando pelos contratos a tempo parcial, temporários, intermitentes, chegando ao trabalho autônomo, não juridicamente subordinado, até a forma mais flexível possível, a do trabalho prestado através de plataformas digitais (crowdwork ou crowdsourcing), que atua, por vezes, apenas como meio de potencializar o nível de precarização.⁹

Infelizmente não existe, do ponto de vista da OIT, perspectiva de adoção de uma Convenção Internacional a respeito da garantia do trabalho decente nas grandes cadeias produtivas. A Declaração, já mencionada, faz parte integrante das normas denominadas *soft law*, ou seja, sem força coercitiva, e limita-se a insistir para que os países membros sigam a Declaração dos Direitos Fundamentais, indicando algumas medidas isoladas efetuadas com esta finalidade, a partir da atuação de parcerias sociais.

A Declaração dos Direitos Fundamentais, adotada em 1998, compromete os Estados membros a respeitar e promover princípios e direitos em quatro categorias quer tenham ou não ratificado as convenções relevantes. Essas categorias são: liberdade de associação e reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva, eliminação do trabalho forçado ou compulsório, abolição do trabalho infantil e eliminação da discriminação em razão do

⁹ Para mais informações, sugere-se a leitura do texto no original: Caporalato digitale: i costi umani della gig economy. Disponível em <http://archivio.senzasoste.it/rete/caporalato-digitale-i-costi-umani-della-gig-economy?jij=1496937499328>. Acesso em 08/06/2017.

emprego e da ocupação.¹⁰

O desafio trazido para a comunidade internacional está em criar mecanismos que garantam que o trabalho decente seja garantido a todos os trabalhadores envolvidos no processo produtivo, pouco importando onde o trabalho se desenvolva.

Beneficiar-se das possibilidades e vantagens que a fragmentação produtiva traz para o capital inclui, necessariamente, zelar por todos os elos da cadeia produtiva, já que, no fundo, quem se beneficia do trabalho de outrem e a partir dele auferir benefícios, tem o dever inegociável e inafastável de impedir a utilização de trabalho infantil, trabalho escravo ou forçado, bem como a ocorrência de práticas predatórias e discriminatórias com relação aos trabalhadores que, ao final, terão atuado na produção do bem ou serviço prestado.

A possibilidade que se vislumbra para reduzir os efeitos desta onda nefasta sobre os trabalhadores está na criação de mecanismos locais, interligados a uma rede global, para identificar adequadamente as cadeias produtivas e, a partir desta identificação, responsabilizar e exigir a adoção de medidas efetivas dos responsáveis pelo desencadeamento da fragmentação que evitem expor os trabalhadores a formas de exploração de sua mão de obra.

A subordinação de trabalhadores dentro do mercado de trabalho pode se apresentar de várias formas. Interessa tratar, aqui, da subordinação estrutural.

O conceito de subordinação estrutural refere-se ao fato de que tanto a produção de bens quanto a prestação de serviços subordinam-se a uma cadeia de comandos relacionada ao *savoir faire* específico que cada empresa desenvolve, visando um *know how* próprio do produto ou do serviço a ser prestado, que a diferencia de seus concorrentes.

Se é certo que não se pode produzir algo ou prestar um serviço sem garantia mínima de padrões de qualidade (exigência da economia globalizada que possibilita a permanência das empresas no mercado), também é certo que, independentemente do controle direto do serviço prestado (ideia ordinária de subordinação jurídica), existe uma cadeia de comandos transversais dentro de cada cadeia de suprimentos global. Essa subordinação estrutural

¹⁰ Declaração na íntegra disponível em:

<http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>.

que, por fazer referência direta ao *savoir faire*, implica um modo de produção próprio, específico e vinculado ao produto final.

Retirar deste elemento de subordinação estrutural o fundamento para a responsabilização do ente central da cadeia produtiva está na constatação de que tal subordinação aponta para inexistência de ampla autonomia dos elos da cadeia produtiva, seja do ponto de vista empresarial, seja do ponto de vista do trabalhador (dentro das diversas modalidades de contratos que podem ser firmados pelos tomadores de serviços e inclusive onde tais contratos não existam – trabalho precário, irregular, não formalizado).

Entende-se por subordinação estrutural a inserção do trabalhador no ambiente laborativo macro, ou seja, em qualquer nível da cadeia produtiva e independentemente de quem seja seu empregador ou tomador de serviços, bem como se ele recebe ou não ordens diretas.

Neste caso, o que se considera é a atuação do trabalhador em prol da produção de um produto ou na venda de um serviço que beneficie o proprietário da marca ou do produto. A ideia refere-se à existência de uma estrutura maior na qual o trabalhador se insere, ou seja, ele é encontrado dentro da dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e submetendo-se à organização corporativa, ainda que difusa e indiretamente organizada pelo real beneficiário dos serviços prestados.

Considerando-se a hiperflexibilização do mercado de trabalho, o movimento que vise garantir o comércio justo (*fair trade*) relativo aos direitos sociais dos trabalhadores, deve percorrer o caminho inverso, ou seja, encontrar dentro da fragmentação, qual a dinâmica organizativa da corporação, a fim de reconhecer a responsabilidade da cadeia de comando, ou seja, da empresa principal que se beneficiará, no final, de todo o processo produtivo.

A finalidade é desenvolver até as últimas consequências, dentro da ideia de comércio livre, a responsabilidade social pelo trabalho humano.

Não se trata aqui de corroer o pilar do livre comércio. O comércio livre é a base do capitalismo. No entanto, não se pode, escondendo-se atrás deste conceito, permitir a utilização da fragmentação produtiva como justificativa para precarização, ao extremo, da situação do trabalhador.

A criação de um mecanismo de controle em rede que,

envolvendo órgãos de defesa dos trabalhadores, inclusive em nível internacional (principalmente mediante colaboração dos entes sindicais), em parceria com os órgãos de fiscalização de cada país, voltado para o monitoramento das cadeias produtivas, no sentido de identificar as várias etapas da fragmentação produtiva, poderia atuar em favor do estabelecimento de uma ampla rede de proteção dos trabalhadores. Tal rede de proteção teria a finalidade de exigir que, independentemente de onde a produção de bens ou prestação de serviços se desenvolvesse, os níveis mínimos de proteção seriam observados.

Quanto à incompetência jurisdicional do judiciário de cada estado nação para responsabilizar a cadeia global, mencionada pela OIT no Relatório Trabalho Digno nas Cadeias de Abastecimento Global, item 121, a afirmação é apenas parcialmente verdadeira. Isto porque tais cadeias de suprimentos globais possuem, via de regra, empresas filiadas, coligadas ou subsidiárias em vários países e, por isso, a responsabilização nacional pode ser feita mediante o acionamento de tais empresas no local onde a lesão foi cometida.

Caso elas não possuam vínculos jurídicos no local onde a lesão ocorreu, existe a possibilidade do acionamento processual mediante soluções de direito interno e internacional privado, observando-se a inexistência de imunidade de jurisdição das empresas privadas.

Uma solução adequadamente utilizada tem sido o acionamento das Cortes Internacionais de Defesa dos Direitos Humanos (Corte Interamericana de Direitos do Homem e Corte Europeia dos Direitos do Homem) que, vislumbrando a violação do direito à vida (ante as graves violações aos direitos relacionados aos direitos fundamentais, por lesões ocasionadas dentro das relações de trabalho), tem responsabilizado os Estados que deixam de atuar na prevenção e na adoção de medidas coercitivas contra tais práticas predatórias. A responsabilização dos Estados é, sem dúvidas, um primeiro passo para exigir que as legislações nacionais fortaleçam as redes de fiscalização e acionem um efetivo sistema de justiça restaurativa em tais casos.¹¹

¹¹ Referência à atuação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos no caso Fazenda Brasil Verde x Brasil (disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde_.pdf), onde o estado brasileiro foi condenado pela existência de trabalho escravo em território nacional.

Outra alternativa, que poderia ser pensada imediatamente, seria permitir o acionamento de empresas privadas perante tais Cortes Internacionais. A competência de tais Cortes para processar e julgar tais empresas por lesões diretas aos trabalhadores funda-se na obrigatoriedade de reconhecimento e submissão dos particulares ao direito vigente em cada país. Se o país como estado nação submete-se à decisão de tais cortes internacionais, quanto mais os particulares que vivem sob seu território.

É chegado o momento histórico que exige uma atuação inovadora, rigorosa e efetiva por parte dos organismos internacionais. Não se pode mais aceitar, passivamente, que existam decisões dentro do mercado econômico que sejam tomadas em nível global, que violam o direito ao trabalho digno e, por outro lado, manter a proteção dos trabalhadores confinada aos limites territoriais do estado onde o mesmo se encontra.

Assim, a atuação em rede dos organismos de proteção do trabalhador, a troca de informações em nível internacional e a possibilidade de acionamento das cortes internacionais, são poderosos instrumentos para, além da responsabilização devida daqueles que atuam na precarização do trabalho, fazer efetiva a ideia de comércio justo, que envolva, na sua origem, o respeito aos direitos de todos os trabalhadores envolvidos no processo.

Para citar um exemplo de atuação em rede dos entes locais responsáveis pela fiscalização das relações de trabalho, bem como da responsabilização estrutural das cadeias de suprimento globais, encontramos no Brasil inúmeras ações neste sentido.

A cidade de São Paulo, dentro do estado mais industrializado do país, tem uma extensa área de trabalho relacionada a indústria têxtil, de produção de vestuário *pret a porter*. Fiscalizações efetuadas nos últimos anos flagraram diversas empresas beneficiando-se de mão de obra escrava dentro de pequenas oficinas de costura na cidade de São Paulo.

As ações desenvolvidas pelo Ministério Público do Trabalho em parceria com o Ministério do Trabalho e Previdência Social, com a Defensoria Pública Federal e com a Polícia Federal, aliadas a

Com respeito à Corte Europeia de Direitos Humanos, vide o caso *Vilnes and Others x Norway* (disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-138597"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)) no qual o estado norueguês foi condenado em razão da inércia quanto à adoção de medidas relacionadas aos riscos referentes ao trabalho dos mergulhadores, que fez com que vários deles padecessem de doenças profissionais.

um serviço de pesquisa da cadeia produtiva, possibilitaram o mapeamento da produção, a partir das pequenas oficinas até o elo central da cadeia produtiva. Serviram como elementos de mapeamento as etiquetas das roupas, as orientações de produção, os detalhes de como trabalhar as peças e as notas de envio de modelos de produção. Tais ações já identificaram como beneficiárias finais dos serviços as empresas Zara, M. Officer, Brooksfield Donna, Collins, Le Lis Blanc, Bô.Bo, Hippychik, Gregory, group GAP (group GEP in Brazil, envolvendo as marcas Cori, Emme e Luigi Bertolli) e 775.¹²

As consequências incluíram explicações solicitadas pela Assembléia Legislativa do Estado, bem como propositura de ações coletivas em desfavor de tais empresas, visando a responsabilização pelo dano moral coletivo ocasionado. Em alguns casos as empresas firmaram acordos judiciais para pagamento das indenizações em razão da utilização de mão de obra escrava, a exemplo da empresa espanhola Zara, da Collins e da Le Lis Blanc.

Recentemente, em outubro de 2016, a Justiça Trabalhista Brasileira condenou, em primeira instância, a empresa M. Officer a pagar indenização em razão do dano moral coletivo, no importe de 6 (seis) milhões de reais em razão da exploração de trabalho escravo no Brasil através de sua cadeia de suprimento global, ainda que a empresa negasse ciência de qualquer irregularidade, admitindo, porém, que se utilizava das oficinas de prestação de serviços. A responsabilização se baseou nos benefícios auferidos pela M. Officer (M5 Indústria e Comércio) a partir da produção das peças, ainda que ao longo da cadeia produtiva, para o reconhecimento da subordinação estrutural e da responsabilidade da empresa em zelar pelas garantias dos direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no processo produtivo.¹³

É importante pontuar que, em última análise, as práticas predatórias nas relações comerciais servem apenas para agravar a pobreza mundial, o que, a longo prazo, não servem para sustentar a economia.

Resta evidente que essa hiperflexibilização do mercado de

¹² Mais informações disponíveis no site: <http://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil/> . Acesso em 08/06/2017.

¹³ Decisão na íntegra disponível em <http://www.trt2.jus.br/NOTICIAS/20161108-sentenca%20mofficer.pdf>. Acesso em 08/06/2017.

trabalho, se não encontrar limites dentro de medidas adequadas a garantir a plena observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores, jamais poderá contribuir para a redução das desigualdades econômicas e sociais.

A ideia de comércio justo passa, necessariamente, pela garantia dos direitos sociais fundamentais, com a garantia de que o trabalho possa ser exercido com dignidade e adequadamente remunerado. Este é o pilar sobre o qual se fundam todos os demais direitos vitais do ser humano e, por isso, os esforços internacionais e internos devem convergir para sua garantia e sustento.

Referências

ILO. Report IV Decent Work in a Global Supply Chains. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_485409.pdf Acesso em 20/05/2017.

ILO. Report about World Employment Social Outlook – Trends 2017. Disponível em <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2017/WCMS_540899/lang--en/index.htm> Acesso em 10/05/2017.

ILO. Report Medir los progresos en la lucha contra el trabajo infantil - Estimaciones y tendencias mundiales 2000-2012 (OIT-IPEC, 2013). Disponível em <http://www.oit.org/ipecc/Informationresources/WCMS_221514/lang--es/index.htm>. Acesso em 02/06/2017.

REPORTER BRASIL. Especial - Flagrantes de trabalho escravo na industria textil no Brasil. Disponível em <http://reporterbrasil.org.br/2012/07/especial-flagrantes-de-trabalho-escravo-na-industria-textil-no-brasil/> . Acesso em 08/06/2017.

SENZA SOSTE. Site. Text: *Caporalato digitale: i costi umani della gig economy*. Disponível em <http://archivio.senzasoste.it/rete/caporalato-digitale-i-costi-umani-della-gig-economy?jij=1496937499328>. Acesso em 08/06/2017.

VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA EM PERCEPÇÕES DE MORADORES DA MOOCA (SÃO PAULO): REFLEXÕES JURÍDICAS E GERONTOLÓGICAS EM TEMPOS DE CRISE¹

Bibiana Graeff*

Luiza Schrempp*

Maria Luisa Trindade Bestetti♦

Marisa Accioly R. C. Domingues*

1. Introdução

A partir de 1988, desenvolveu-se, no Brasil, um novo microsistema normativo de direitos fundamentais: os direitos da pessoa idosa, assentados em dispositivo constitucional e promovidos através de uma política nacional (desdobrada em políticas estaduais e municipais).² Esse arcabouço completou-se com o Estatuto do Idoso (EI) de 2003, lei especial³ que, além de

¹ O presente trabalho foi desenvolvido com base em dados coletados pela pesquisa: GRAEFF, B. (coord.), “A estratégia do Bairro Amigo do Idoso aplicada aos bairros do Brás e da Mooca: ambiência e construção da cidade para o envelhecimento ativo”, que contou com auxílio regular da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, FAPESP.

* Doutora em Direito pela Université de Paris 1, Panthén-Sorbonne e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Docente do curso de bacharelado em gerontologia e do Programa de Pós-Graduação em Gerontologia da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Docente do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da USP.

* Bolsista FAPESP, discente do curso de bacharelado em Gerontologia da EACH-USP.

♦ Doutora em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de São Paulo. Docente do curso de bacharelado em Gerontologia e do Programa de Pós-Graduação em gerontologia da EACH – USP.

* Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. Docente do curso de bacharelado em Gerontologia e do Programa de Pós-Graduação em gerontologia da EACH-USP.

² Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 230. Cf. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Sobre o assento constitucional da proteção ao idoso: MARQUES C., MIRAGEM B. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: RT, 2012, p. 144 s. Sobre a construção desta nova normativa a partir de 1988 e seus reflexos para o idoso nas relações de consumo: GRAEFF, B. Direitos do Consumidor Idoso no Brasil. Rev. de Direito do Consumidor, v. 86, 2013: 65-91.

³ Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências (texto que a partir de aqui será mencionado simplesmente como Estatuto do Idoso, ou EI). Sobre o caráter de lei especial, cf. BARLETTA F., p. 99.

direitos fundamentais, abarcou matéria penal, processual, administrativa, entre outras, consagrando uma proteção integral⁴ à pessoa de sessenta anos ou mais.

No entanto, antes mesmo que esta política e esses direitos fossem ensinados nos cursos de Direito⁵ e implementados e assegurados de forma plena e abrangente,⁶ começamos a assistir a um retrocesso com relação a algumas destas conquistas (seja através de reformas legislativas,⁷ seja através de novas interpretações jurisprudenciais mais restritivas)⁸ e a

⁴ EI, art. 2.

⁵ Em pesquisa realizada nas grades curriculares dos quinze cursos de graduação em Direito com os maiores percentuais de aprovados no IX Exame unificado da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado em abril de 2013, verificou-se que, enquanto 11 apresentavam disciplinas voltadas para os direitos da criança e do adolescente, inclusive algumas em caráter obrigatório, somente 5 traziam disciplinas com destaque para os direitos do idoso, e apenas na Universidade Federal do Sergipe a disciplina (“Direito da criança adolescente e idoso”) apresentava caráter obrigatório. Silva, A. Graeff. B. Direito do idoso como disciplina de ensino superior jurídico no Brasil. 21º SIICUSP, 2013. In: <https://uspdigital.usp.br/siicusp/siicPublicacao.jsp?codmnu=7210>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

⁶ Embora tenha havido um aumento significativo na proporção de municípios com conselhos de direitos do idoso, que passou de 35,5% em 2009 para 61,9% em 2014, essas proporções permaneceram maiores nas Regiões Sul e Sudeste. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **SIS- Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Além disso, a grande maioria dos municípios ainda não conta com Fundo Municipal do idoso, como é o caso do município de São Paulo, mecanismo que fortaleceria a atuação dos referidos Conselhos. Também podemos mencionar o déficit com relação à existência ou à qualidade de serviços tipificados pela assistência social para o atendimento da pessoa idosa, tais como instituições de longa permanência para idosos e Centros-dia. Para um balanço sobre a implementação da Política Nacional do Idoso: CAMARANO, A. A.; GIACOMIN, K. e BARBOSA, A.A. Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões: Ipea: Rio de Janeiro, 2015.

⁷ Nesse sentido, ver por exemplo a lei n. 12.933, de 26 de dezembro de 2013, que dispõe sobre o benefício do pagamento de meia-entrada para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes em espetáculos artísticos-culturais e esportivos, e revoga a Medida Provisória n. 2.208, de 17 de agosto de 2001.

⁸ Ver por exemplo a evolução da interpretação do STJ acerca do artigo 15, § 3, que veda a discriminação do idoso em planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em função da idade. Em decisão de 2008, a Corte entendia que “se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária”, interpretando, assim, que o referido dispositivo proibia reajustes por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos. STJ Recurso Especial n. 809.329/RJ, de 25/3/2008, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi. Em 2016, contudo, firmou-se um outro entendimento, com o qual discordamos, segundo o qual a norma referida: “apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato”. STJ REsp 1568244/ RJ, de 14/12/2016,

questionamentos com relação à idade que define a pessoa idosa.⁹ Além disso, atravessamos, atualmente, um período de dúvidas com relação ao engajamento brasileiro para o avanço dos direitos do idoso no plano internacional. Todas essas tendências manifestam-se ou se agravam no atual contexto de crise política, institucional, econômica e ética do país, no qual o congelamento de investimentos em áreas fundamentais como a saúde e a assistência social¹⁰ e os riscos de uma reforma da previdência que viria, além de retroceder quanto aos direitos fundamentais previdenciários,

Segunda Seção, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Ora, a proibição desse tipo de reajuste sem pertinência com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato já era consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, lei que consagrara o princípio da boa fé objetiva. A novidade proposta pelo Estatuto do Idoso, lei especial que garante uma proteção integral à pessoa idosa, era justamente a de proibir a discriminação deste sujeito em planos de saúde; e que tipo de discriminação? A lei é clara: aquela produzida pela “cobrança de valores diferenciados em função da idade”, ou seja, para as pessoas de 60 anos ou mais de idade, não poderia mais haver cobrança de valores diferenciados em função da idade.

⁹ Ana Amélia Camarano propõe, por exemplo, o aumento da idade de 60 para 65 anos do parâmetro etário que define idoso como categoria jurídica no direito brasileiro. Cf: Camarano, A.A. Estatuto do Idoso: avanços com contradições. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Data máxima vênia, discordamos, neste ponto, da eminente autora, pois além de afastar a aplicação de políticas de implementação de direitos fundamentais para parcela significativa da população que delas efetivamente necessita, tal medida iria de encontro aos parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde de 60 anos de idade para definir o idoso na política de envelhecimento ativo lançada em 2002. Muito embora a média da esperança de vida dos brasileiros tenha aumentado nas últimas décadas, há ainda marcantes disparidades regionais e de classe (relacionadas entre outros fatores com a renda) que não permitem um alinhamento para cima, ainda mais em se tratando de medida que determinará a exclusão (justamente daqueles mais necessitados) de políticas de direitos fundamentais. Além disso, a Convenção Interamericana de Direitos da Pessoa Idosa de 2015, assinada pelo Brasil mas ainda não ratificada, determina que idoso é a pessoa de sessenta anos de idade, ou idade inferior, ou, no máximo, 65 anos, se assim determinado pela legislação nacional. Portanto, o Brasil, se viesse a alterar o critério etário cronológico para a determinação da pessoa idosa para 65 anos, estaria assumindo o limite máximo previsto internacionalmente (geralmente em países ditos desenvolvidos). Há que se considerar igualmente o perfil epidemiológico da população brasileira e o fato de que a mudança do critério etário nesse sentido determinaria a exclusão de tratamentos de doenças que acometem pessoas com 60 anos ou até menos da atenção especial ao idoso (em Unidades de Referência da Saúde do Idoso, por exemplo). Num outro sentido, cabe também nos questionarmos, caso a caso, em que medida se justifica o estabelecimento de novos recortes etários no interior da categoria pessoa idosa: com relação, por exemplo, ao atendimento prioritário, a recente aprovação de dispositivo que cria uma “prioridade especial” para os idosos de 80 anos ou mais de idade (EI, art. 3, § 2) justifica-se do ponto de vista jurídico e gerontológico, ou seria, acima de tudo, um subterfúgio para que sejam evitados investimentos que, por conta do aumento da população idosa, tornam-se necessários para um atendimento adequado de todos aqueles com sessenta anos ou mais de idade?

¹⁰ Cf. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016.

restringir o acesso ao benefício de prestação continuada, comprometendo o mínimo existencial de mais de um milhão de brasileiros, conduzem a uma séria apreensão quanto ao futuro da pessoa idosa e de seus direitos no Brasil.

A grande maioria das pessoas idosas brasileiras (83,9%) reside em áreas urbanas, especialmente os idosos da Região Sudeste (92,6%).¹¹ As metrópoles contemporâneas não se apresentam inclusivas e acessíveis aos idosos, em diversos aspectos e não somente em função de calçadas esburacadas, mas também pelo ritmo acelerado da vida na cidade, pelas transformações impulsionadas pelo mercado que apagam traços da memória urbana ou o pequeno comércio do bairro, pelos processos de gentrificação que expulsam velhos moradores para áreas mais periféricas.¹² Em 2005, a Organização Mundial da Saúde lançou a ideia de uma pesquisa em várias cidades do mundo (inclusive o Rio de Janeiro) para investigar as percepções de idosos sobre como é viver nos respectivos locais sendo uma pessoa mais velha e sobre diversos aspectos da ambiência das cidades, o que deu origem ao projeto “Cidade Amiga do Idoso” (OMS, 2008). Uma cidade amiga do idoso deveria promover o envelhecimento ativo, entendido como “um processo de vida moldado por vários fatores que, isoladamente ou em conjunto, favorecem a saúde, a participação e a segurança de idosos”.¹³ Nessa perspectiva, com o objetivo de tornar cidades ou outros ambientes amigáveis a todas as idades, a OMS estabeleceu uma proposta metodológica para a realização de um diagnóstico sobre diversos aspectos da ambiência a partir da escuta de residentes idosos e cuidadores de idosos.¹⁴ A ideia é que este diagnóstico possa subsidiar políticas públicas, fazendo com que a construção de um espaço amigo do idoso envolva a comunidade, o poder público e a universidade (ou equipe de pesquisa envolvida com o projeto). Os oito grandes temas que estruturam a discussão organizada em forma de grupos focais com os participantes são: 1. Espaços abertos e prédios; 2. Transportes; 3. Moradia; 4. Participação social; 5. Respeito e inclusão social; 6. Participação cívica e emprego; 7. Comunicação e informação; 8. Serviços de

¹¹ IBGE, SIS, 2014.

¹² SANTOS, C. S. O espaço da metrópole, o tempo dos velhos e a alienação urbana. São Paulo: Mais60 Estudos sobre Envelhecimento, vol. 27, n. 64, 2016, pp. 8-31.

¹³ OMS. Guia Global: Cidade Amiga do Idoso. Genebra: OMS, 2008, p. 7.

¹⁴ WHO. Vancouver Protocol, 2007.

saúde e apoio da comunidade.

Desde 2015, conduzimos um projeto de pesquisa que visa a desenvolver a estratégia “Cidade amiga do Idoso” nos bairros do Brás e da Mooca, em São Paulo.¹⁵ Pelas dimensões da megalópole paulistana, entendemos que uma intervenção dessa natureza seria mais efetiva no âmbito distrital. Voltamo-nos a dois bairros tradicionais, limítrofes, porém com características bastante distintas; além disso, a Mooca tem um elevado percentual de moradores idosos (19% de acordo com o IBGE, em 2010, o que era muito superior à média do percentual de idosos na população brasileira).

Essa ampla pesquisa ainda não foi concluída, em especial no que se refere ao bairro do Brás. O trabalho aqui apresentado é parcial e específico; considerando o contexto de ameaças e perdas de direitos acima descrito, procuramos analisar, neste estudo, em que medida o tema da violência contra a pessoa idosa apareceu nas discussões de moradores idosos da Mooca: quais os tipos de violência e os agressores apontados.

2. Método

Para o estudo aqui apresentado, foram analisadas as transcrições das discussões de dois grupos focais realizados com moradores da Mooca de 60 a 75 anos no dia 26 de agosto de 2016. Os grupos focais ocorreram simultaneamente, no período da manhã, em salas da Escola do SENAI Theobaldo de Nigris, na Mooca. Cada grupo focal contou com uma moderadora (professora pesquisadora) que conduziu as discussões, e dois ou três observadores que não somente anotaram remarques sobre o desenrolar das discussões e as reações dos participantes e do grupo, mas também auxiliaram nos preparativos antes (preenchimento das fichas cadastrais e dos termos de consentimento livre e esclarecido) e durante (servindo água, cuidando dos gravadores) a reunião. Os encontros duraram aproximadamente 2 horas e trinta minutos, incluindo o preenchimento da ficha cadastral e a assinatura dos

¹⁵ Havíamos feito um primeiro estudo piloto nos mesmos bairros em 2012, projeto que teve que ser interrompido por diversas dificuldades. Após adaptarmos o método e obtermos um fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, conseguimos retomar o projeto com mais estrutura e estamos em vias de conclusão da pesquisa.

termos de consentimento livres e esclarecidos. A leitura e o preenchimento dos termos e das fichas foram feitos por membros do grupo de pesquisa ou pelos próprios participantes, de acordo com sua preferência. As fichas cadastrais seguiram modelo proposto no *Vancouver Protocol*, com pequenas adaptações (WHO, 2007). As discussões foram gravadas e transcritas.

A amostra foi constituída de forma aleatória e os critérios de participação eram: 1) ser morador da Mooca e 2) ter entre 60 e 75 anos de idade, critérios informados pelos participantes, sem verificação posterior. Houve reuniões preparatórias aos grupos focais através das quais foi constituído um grupo de composição aberta com participação de membros da sociedade civil e do poder público interessados no projeto. Os convites para participar das reuniões deste grupo circularam por e-mail para diversas instituições, serviços, associações e entidades. Este comitê ajudou o grupo de pesquisa a encontrar locais para a realização dos grupos focais e a pensar em meios de difundir o projeto para a obtenção de participantes na pesquisa. Essa divulgação para possíveis participantes nos grupos focais ocorreu por meio de panfletagem e fixação de cartazes em locais estratégicos do bairro, visitas a organizações e grupos de idosos do bairro e por meio das redes sociais.

Para a análise dos dados, foram extraídas as informações das fichas cadastrais dos participantes. Os dados foram tabulados para cada campo de informação. Quanto ao conteúdo extraído dos grupos focais, o mesmo foi analisado e tabulado com base nas categorias da tipificação de violência adotada pela Ouvidoria de Direitos Humanos do Ministério de Direitos Humanos cujo principal canal é o “Disque 100”: a) negligência, b) violência psicológica, c) violência financeira e patrimonial, d) violência física e 5) outros tipos.¹⁶ No tipo “negligência” foram incluídos, além de outras formas de omissão, o abandono.

3. Resultados e Discussão

Serão discutidos primeiramente os resultados referentes aos dados sociodemográficos dos participantes (3.1) e depois os resultados referentes ao conteúdo dos grupos focais (3.2)

¹⁶ Cf. <http://www.sdh.gov.br/disque100/balanco-2016-completo>. Acesso em: 06/10/2017.

3.1. Análise sociodemográfica do perfil dos participantes

Para os grupos focais, esperava-se de 6 a 15 participantes, número proposto por alguns autores para a realização da coleta de dados através dessa técnica (KIND, 2004). Contudo, compareceram espontaneamente apenas 10 pessoas,¹⁷ fazendo com que cada grupo focal contasse com 5 participantes. Os dez participantes (3 homens e 7 mulheres) tinham idades entre 60 e 75 anos. Em relação ao estado civil, 8 são solteiros, 1 divorciado e 1 separado. A maioria (6 participantes) não tem filhos, 2 possuem um filho, 1 possui 2 filhos, e 1 possui 3 filhos. Nove participantes apontaram São Paulo como cidade natal. A maior parte (6 participantes) reside no bairro da Mooca há mais de 15 anos.

Tratando-se de escolaridade, as pessoas idosas constituem o grupo etário a partir de 15 anos com a menor média de anos de estudo entre a população ocupada: 5,7 anos de estudos (IBGE, 2016). Segundo a síntese de indicadores sociais de 2015 (IBGE), a média de anos de estudo das pessoas de 60 anos ou mais de idade havia se elevado de 3,5 anos de estudo, em 2004, para 4,8 anos de estudo, em 2014. Assim, a proporção de idosos com 9 anos ou mais de estudo aumentou de forma expressiva, passando de 12,7%, em 2004, para 20,7%, em 2014 e diminuiu a proporção daqueles com menos de 1 ano de estudo, que passou de 36,5% para 27,3% no período. Com relação à escolaridade, os participantes dos grupos focais sob análise estão bem acima da média nacional em termos de escolaridade, para sua faixa etária. Entre os participantes, 5 possuem o ensino superior completo, 2 ensino superior incompleto, 2 ensino médio completo e 1 ensino fundamental incompleto.

De acordo com IBGE (2015), o nível de ocupação de pessoas de 60 anos ou mais de idade foi de 29,1% em 2014, sendo que para os homens o indicador foi de 41,9% e para as mulheres de 18,9%. Entre os participantes da pesquisa em questão, 5 não trabalham, 4 ainda trabalham e 1 não respondeu, estando portanto a média do grupo acima do percentual indicado para a população brasileira.

Ainda tendo como base a síntese de indicadores sociais do

¹⁷ No total, realizamos 8 grupos focais na Mooca, totalizando 44 participantes, número próximo à média de participantes nos levantamentos conduzidos nas primeiras 33 cidades do Guia Global Cidade Amiga do Idoso, que segundo os nossos cálculos foi de 45. WHO, op. cit. 2008.

IBGE (2015), em 2014, entre idosos de 60 anos ou mais de idade, 57,5% eram somente aposentados, 9,5% eram somente pensionistas e 8,2% acumulavam aposentadoria e pensão. Entre os que não eram aposentados ou pensionistas (24,8%) verificou-se que o nível de ocupação foi maior do que para os idosos como um todo. Dos entrevistados na Mooca, o resultado também apontou que a maioria, com 8 idosos, afirmou ser aposentada. Apenas 2 afirmaram que não o são.

Questionados sobre a renda, os participantes distribuíram-se entre: 1 indivíduo com 1 salário mínimo; 1 indivíduo acima de 2 salários mínimos e menos de 3 salários mínimos; 3 indivíduos com 2 a 3 salários mínimos; 2 indivíduos com 4 a 5 salários mínimos; 2 indivíduos com mais do que 8 salários mínimos. Apenas 1 deles não informou. A média de renda dos participantes é bem mais elevada do que a média de renda da população idosa brasileira, mas um indivíduo pelo menos declarou possuir renda baixa. No aspecto da diversidade de renda, os participantes se aproximam do perfil dos participantes da implantação do bairro amigo do idoso da Vila Clementino do município de São Paulo/SP, idosos pertencentes aos níveis socioeconômicos baixo a médio-alto.¹⁸ Já nas 33 cidades do projeto piloto do Cidade Amiga do Idoso (OMS, 2008), os idosos participantes pertenciam às classes sociais baixa e média. Foram cento e cinquenta e oito (158) grupos focais, com 1.485 participantes, realizados entre setembro de 2006 e abril de 2007. De acordo com o Guia Global: Cidade Amiga do Idoso (2008), em muitos países, a maioria dos idosos tem uma renda muito pequena e a pobreza, independentemente da idade, exclui as pessoas da sociedade. Na Federação Russa, muitos idosos dizem que se sentem excluídos da sociedade por causa de sua baixa renda: os aposentados dependem totalmente de pequenas pensões pagas pelo governo. Foi relatado na Jamaica e na Cidade do México que as aposentadorias / pensões que as pessoas recebem do governo é, comumente, muito pequena, e que há muita burocracia para se ganhar o benefício. Em Cancún, os idosos dizem que eles não se sentem incluídos em programas governamentais.

Na Pesquisa Nacional de Saúde - PNS 2013, foram

¹⁸ Disponível em: http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/temas-saude-coletiva/pdfs/velhices_envelhecimento_ativo_pdf.pdf. Acesso em 06/10/2017.

investigadas as limitações funcionais das pessoas de 60 anos ou mais de idade. No Brasil, segundo a Pesquisa, 6,8% das pessoas de 60 anos ou mais de idade tinham limitação funcional para realizar suas atividades de vida diária. Questionados sobre a saúde, dos 10 idosos participantes, 3 afirmaram ser excelente, 5 definiram-na como boa e 2 expuseram-na como razoável. Em seguida, 8 afirmaram não encontrarem limitações em suas atividades em razão de problemas de saúde. A participação social e o suporte social são muito ligados à boa saúde e ao bem-estar ao longo da vida (OMS, 2008).

O grupo de participantes dos grupos focais aqui analisados destoa da média dos idosos brasileiros, em especial em matéria de escolaridade, apresentando melhores condições socioeconômicas e de saúde que a média dos brasileiros. Porém, coincide com o elevado nível de escolaridade e renda encontrado na população investigada no bairro amigo do idoso da Vila Clementino do município de São Paulo, que destaca este fator como um grande facilitador para a resolução da maioria das demandas identificadas na pesquisa.¹⁹ Seria essa uma das explicações possíveis para o interesse, a disponibilidade e a compreensão da importância em colaborar com uma pesquisa científica? Quanto ao estado civil, chama a atenção o fato de nenhum participante ser casado. Esse fator, somado ao fato de que a maioria não possui filhos indicaria maior disponibilidade de tempo ou ainda maior necessidade de interação social que explicariam sua pré-disposição em participar dos grupos focais? Interessante que num destes grupos inclusive um senhor perguntou quando seria o próximo encontro, sugerindo interesse em participar da atividade. Embora 80% dos idosos participantes tenham declarado serem aposentados, 40% informaram ainda trabalhar, o que sugere a importância do trabalho para estes indivíduos, seja para complementar a renda, seja pelo prazer ou sentido encontrado na atividade laboral. O fato de que estes idosos tenham conseguido participar da atividade em um dia de semana em horário comercial sugere que exerçam atividade de trabalho informal, ou na condição de autônomo ou ainda em turno parcial ou rotativo. A boa condição de saúde sem limitações para a realização de atividades declarada pela maioria dos participantes sugere igualmente a disposição e possibilidade de terem participado

¹⁹ *Idem.*

da pesquisa, já que tiveram que se deslocar até o local proposto para a realização dos grupos.

3.2. Análise do conteúdo de violência contra a pessoa idosa

Ao discutir aspectos da vida no bairro da Mooca, desde questões físicas, ambientais, até fatores como moradia ou acesso a empregos, os moradores participantes expressam, sem serem diretamente questionados, diversas formas de violência percebidas ou sentidas pelos mesmos. As discussões pela técnica do grupo focal baseadas em roteiro semiestruturado proposto pelo *Vancouver Protocol* (WHO, 2007), podem alcançar temas não previamente estabelecidos (GRAEFF, et. al., 2012). Isso ocorreu com relação à temática da violência, que, de alguma maneira, perpassou os debates aqui analisados nos oito grandes tópicos levados à discussão.

No Brasil, a violência contra a pessoa idosa foi definida pela lei como: “qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico” (EI, art. 19, §1). Nas origens, o texto deste artigo referia-se a “maus-tratos” ao invés de violência. O termo “maus-tratos” foi definido pela organização *International Network for Prevention on Elder Abuse* (INPEA) como: “um ato (único ou repetido) ou omissão que lhe cause dano ou aflição e que se produz em qualquer **relação na qual exista expectativa de confiança**” (grifos nosso). Essa definição foi acolhida pela ONU. Segundo essa definição, os maus-tratos caberiam, ao nosso ver, no conceito mais amplo de violência, na medida em que esta abarca abusos e omissões independente do tipo de relação entre o agressor e a vítima, enquanto os maus-tratos se restringiriam à violência cometida nas relações onde exista expectativa de confiança.²⁰ A

²⁰ No “Caderno de violência contra a pessoa idosa”, acolheu-se essa definição, porém denominando o conceito como “violência” e não “maus-tratos”. Disponível em: http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/15dejunho/caderno_violencia_idoso_atualizado_19jun.pdf. Acesso em: 05/10/2017. Parece-nos que não é a melhor tradução, uma vez que a violência não se restringe às relações onde haja expectativa de violência. Na Convenção Interamericana de Direitos Humanos do Idoso, utilizou-se uma definição ampliada para “maus-tratos”, identificada com a de violência; segundo essa definição, maus-tratos seriam: “ação ou omissão, única ou repetida, contra um idoso, a qual produz danos em sua integridade física, psíquica e moral e vulnera o gozo ou exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de que ocorre em uma relação de

pertinência dessa definição de maus-tratos para os idosos deve-se ao fato de que, na maior parte das denúncias de violência contra idosos no Brasil, o principal suspeito pela violação é um filho²¹ (tendência observada em diversos levantamentos no mundo). Aliás, os primeiros estudos sobre a violência contra a pessoa idosa, publicados na Inglaterra em 1975, descreviam o fenômeno como “espancamento de avós”.²²

O Estatuto do Idoso (EI) introduziu diversos tipos penais no ordenamento pátrio (art. 96 a art. 109), alguns bastante originais não só pelo aspecto subjetivo (a especificação da vítima como sendo idosa), mas também pelo objeto (como o crime de “negar acolhimento como albergado, pela recusa do idoso em outorgar procuração”, EI art. 103, ou o de “lavar ato notarial que envolva idoso sem discernimento sem a devida representação”, EI art. 108). No intuito de reforçar a proteção da pessoa idosa, e pelo fato de diversos estudos e levantamentos indicarem a prevalência da violência doméstica contra as pessoas de sessenta anos ou mais de idade (FALEIROS, 2007), maus-tratos geralmente cometidos por um parente, o legislador estabeleceu que tais crimes são de ação penal incondicionada e afastou as escusas absolutórias, ou seja, as imunidades absolutas e relativas previstas nos artigos 181 e 182 do Código penal em alguns casos a alguns parentes não se aplicam, e a ação independe de autorização da vítima (EI, art. 95). Muito embora a intenção, com esse dispositivo, seja a de proteger os mais velhos, existe quem o critique, por desprezeitar a autodeterminação da pessoa idosa e representar uma discriminação contra ela, em comparação com as outras pessoas.²³ Uma outra previsão do EI, para promover maior celeridade processual, foi a de os crimes tipificados por essa lei com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos²⁴ se submetem ao procedimento

confiança” (art. 2, grifos nossos). No nosso entender, seria tecnicamente mais apropriado o termo “violência”, em Português, para essa definição.

²¹ Cf. Relatório do Disque 100, 2016. In: <http://www.sdh.gov.br/disque100/balanco-2016-completo>. Acesso em: 06/10/2017.

²² MINAYO, M. C. Violência e saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

²³ Essa discussão, que divide opiniões, é apresentada em: Bianchini, A. “Dos crimes em espécie contra o idoso”. In: MENDES, G., et. al. Manual dos Direitos da Pessoa Idosa. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁴ Ficam, assim excluídos desse procedimento especial, os crimes do art. 99 §2 (ou seja, se resulta morte da vítima em função de “expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a

especial estabelecido para os Juizados Criminais Especiais (EI, art. 94), o que ampliou a competência destes Juizados, antes restritos aos crimes de menor potencial ofensivo. Por este rito especial, é prevista uma audiência preliminar conciliatória, onde as partes não precisam ser acompanhadas de advogado; não obtida a conciliação, o advogado se faz necessário (a parte poderá contar com a Defensoria Pública, por exemplo).

Em 2005, seguindo orientações do Plano de Madri,²⁵ o Brasil adotou o primeiro Plano de enfrentamento da violência contra a pessoa idosa.²⁶ Algumas das ações planejadas puderam ser implementadas, como a criação de uma linha telefônica nacional para denúncias de violência cometida contra o idoso, o que foi concretizado através da extensão do “Disque 100” para este tipo de abuso.

Desde a adoção do EI, o número de denúncias vem aumentando, embora algumas cidades tenham tido mais avanços na implementação de uma Rede de Defesa dos Direitos do Idoso que outras; além disso os serviços ainda coletam e classificam a informação de modo diferente, o que dificulta a comparação dos dados (FALEIROS, 2007). Pelo “Disque 100”, as denúncias de violência cometida contra a pessoa idosa aumentaram a cada ano. Se em 2011, houve um total de 8.224 denúncias desse tipo, em 2016 esse número já era de 32.632 denúncias.²⁷ Tanto em 2016, quanto em 2015, a violência contra a pessoa idosa ocupou o segundo lugar quanto ao maior número de denúncias recebidas por este canal, ficando abaixo somente da violência contra a criança e o adolescente.

Nos dois grupos focais analisados neste trabalho, os tipos de violência mais frequentemente relatados são a negligência e a

trabalho excessivo ou inadequado”), e do art. 107 (“Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração”).

²⁵ O Plano de ação internacional sobre o envelhecimento, conhecido como Plano de Madri, adotado por ocasião da Segunda Conferência Mundial sobre Envelhecimento, organizada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas em 2002, trouxe como objetivos, entre outros, a eliminação de todas as formas de maus-tratos contra idosos e a criação de serviços de apoio para atender aos casos de maus-tratos contra idosos; p. 71-72. In: <http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/manual/5.pdf>, Acesso em: 08/10/2017.

²⁶

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_acao_enfrentamento_violencia_idoso.pdf. Acesso em: 07/10/2017.

²⁷ Cf. <http://www.sdh.gov.br/disque100/balanco-2016-completo>. Acesso em: 06/10/2017.

violência psicológica, seja no que diz respeito à violência cometida especificamente contra pessoas idosas, contra alguém de outra faixa etária ou contra a população em geral. Esse padrão corresponde às estatísticas das denúncias sobre violência contra o idoso do “Disque 100”, que trazem como principal abuso a negligência e, em segundo lugar, a violência psicológica.²⁸

Segundo Minayo (2014), a negligência é uma importante categoria para explicar as várias formas de menosprezo e abandono de pessoas idosas, tais como o desleixo e inoperância da vigilância sanitária em relação a abrigos e clínicas, a inadequação de instalações e isolamento das pessoas em seus aposentos, a falta ou a precariedade do atendimento em saúde, as longas filas de espera para consultas e exames, a demora da concessão de benefícios pelo INSS, a impessoalidade no trato na prestação de serviços e, nas famílias, a inadequação dos lares às necessidades da pessoa, entre outras omissões. Já a violência ou abuso psicológico, que pode ocorrer por meio de palavras, atos ou atitudes, corresponde a:

Todas as formas de menosprezo, de desprezo e de preconceito e discriminação que trazem como consequência tristeza, isolamento, solidão, sofrimento mental e frequentemente, depressão”. (MINAYO, 2014, p.40).

Nos grupos focais que analisamos, no que diz respeito à negligência, o principal agente violador citado pelos participantes é o Estado, pela inexistência ou pelo descaso com relação a políticas públicas. Essa menção ao Estado como agente violador em termos de negligência é ainda mais frequente nos casos que dizem respeito à população em geral. Com relação aos idosos, aparecem também a família (abandono em Instituição de Longa Permanência para Idosos, situação de solidão e vulnerabilidade vivenciada em casa), o setor privado (discriminação no acesso ao emprego; construções ou rede

²⁸ Esse padrão corresponde também ao de uma pesquisa realizada no primeiro semestre de 2016 pelo grupo de estagiários da Gerontologia da EACH/USP na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que teve por objetivo averiguar, por meio da aplicação de um questionário em idosos, suspeitas de violência nesses idosos que buscavam um atendimento jurídico na instituição (em qualquer assunto, não necessariamente relacionado com violência). Em 67 dos 75 questionários identificou-se suspeita de violência (negligência = 82,1% dos casos com suspeita; psicológica = 71,6%; financeira = 38,8%; física = 28,4%; sexual = 10,4% e auto negligência = 7,5%, sendo que a maioria concentrava 3 ou mais tipos de violência). Cf. Schrempff L. [et. al.]. Pôster apresentado no Encontro de Gerontologia da UFSCAR, 2016.

hoteleira que não adaptam os espaços para a segurança e necessidades dos idosos; planos ou serviços de saúde que deixam de fornecer prestações inicialmente existentes, sem comunicação, ou que são negligentes em prestar um atendimento adequado) ou ainda outras pessoas no espaço público como jovens (violência verbal na vizinhança; ocupação de assentos preferencias), cidadãos adultos (reclamações verbais em fila ou assentos preferenciais, por exemplo).

Curioso também foi observar algumas palavras emitidas por uma participante em um dos grupos focais em tom de brincadeira irônica que beiravam os limites da ofensa verbal com relação à outra participante por motivos político-ideológicos. Assim, em um dos grupos focais, o discurso “anti pt” apareceu de forma violenta: “[riso] Se, se falar bem do PT morre aqui” (Sra. A). Posteriormente, essa mesma senhora teve uma discussão tensa com outra participante em torno da Presidenta Dilma Rousseff:

Sra. E: “Não sou nem contra, nem favorável, mas eu acho que devia de, o pessoal devia de respeitar o, como é que se fala? O mandato da Dilma; [...] não gostei do, do major Olímpio que entrou numa, numa cerimônia oficial...”

Sra. A: “Ele é meu candidato, não fala mal dele não, que [fala incompreensível]”

Sra. E: “Não, não é oficial e o cara num...”

Sra. A: “Cê tá a favor da Dilma é isso que você falou?”

Sra. E: “Não, não, pera aí, pera aí, eu sou mulher, eu sou mulher e acontece que entrou...” [risos de alguém]

Sra. C: “ Quando entra política e religião...” [fala incompreensível]

Observadora L: “não dá certo...”

Sra. E: “Ele me chega num evento, num evento oficial, ele chega ‘que vergonha’. O cara não teve dignidade de respeitar a idade dela, de ser uma chefe da [fala incompreensível]”

Sra. A: “Eu faria a mesma coisa, [...]”

Sra. E: “Não, não... tem cerimonial...”

Sra. A: “Vamo mudar de assunto...”

Sra. E: “Olha, tem cerimonial, se é esse nível, eu não gosto, porque eu também lecionei”.

Sra. A: “Mas ela é tão boa, né [em tom irônico]?”

Sra. E: “Não, se os meus alunos me, não tivessem um respeito por mim ou se eu não conhecesse a matéria pra dar aula eu não tava na, no local. Então, eu fui [fala simultânea] professora de história também...”

Sra. A: “Ah, não, pelo amor de deus, sou contra...”
Sra. E: “É, mas isso aí é opinião, mas tinham que respeitar, tem que respeitar...”
Sra. A: “Lógico, né.”
Sra. E: “Eu acho que tem que ter respeito.”
[...]
Sra. E: “Acho que tem respeito, tem o Estatuto do Idoso, então tem que respeitar a gente”.

Desse modo, com exceção de um comentário irônico dessa mesma “Sra. A” a outro participante - ao dizer que este tinha “caído de paraquedas” no grupo (pois esse senhor afirmara que tinha pouco a comentar pois havia se mudado há pouco para o bairro) - as únicas tensões ou violências verbais que surgiram entre um participante com relação a outro se referiram a essas questões político ideológicas.

O contexto de crise política e as vésperas de eleições municipais marcaram as discussões em diversos aspectos. Em ambos os grupos, os participantes se mostraram incrédulos em relação aos políticos, mencionando ironicamente as falsas promessas ou ações pontuais com fins eleitoreiros que precedem as eleições.

Dois casos de violência (narrados pela mesma participante, em momentos diferentes da conversa) chamam a atenção por terem levado a mesma às lágrimas. Um caso dizia respeito a uma discriminação (violência psicológica) sofrida pela mesma quando tentou acessar uma vaga de trabalho:

Sra. A – “Olha, depois que me acabaram comigo [...], que a ‘minha idade não permitia’ [voz emotiva]... eu nunca mais procurei nada! Me humilharam, porque eu falava inglês, falava espanhol, porque era... a minha função era essa... Chegou na minha cara e falou assim: ‘oh, o seu currículo é bom, mas a sua idade não permite’. Menina, eu saí de lá arrasada!”

Em outro momento da discussão, a senhora retomou o assunto:

Sra. A – “De tanto estudo, faculdade, dois idiomas e o cara olhar pra mim e falar: ‘a sua idade não permite!’ Acaba com você... então pra que que você estudou tanto? Você fez faculdade, estudou espanhol [com voz emocionada] pra quê?”

Esse tipo de discriminação por conta da idade avançada tem sido identificado e descrito internacionalmente pela literatura como ageísmo (GOLDANI, 2010) e representa uma forma de violência psicológica contra a pessoa idosa. Muitas vezes, as próprias pessoas idosas reproduzem em seus discursos esse tipo de discriminação incorporada em nossa cultura:

Sra. B: “Tinha uma fila na lotérica enorme, e eu peguei e fui lá. Uma mulher de trás gritou: ‘Ei, só porque tem mais de 60 acha de furar fila. Não tá vendo que a gente tá aqui não sei quantas horas? Eu tenho... eu tenho 63 anos e não vou na fila preferencial!’ Todo mundo olhou em mim, eu olhei nela e falei: ‘a senhora tem 63? Eu ia jurar que a senhora tinha mais de 70’ [risadas] dei as costas e dei o meu dinheiro pra pôr o crédito.” [risada da Sra. C]

O outro caso que levou a mesma senhora que chorou no caso da discriminação para a obtenção do emprego às lágrimas se refere ao abandono de uma idosa em Instituição de longa permanência para idosos (ILPI), conforme diálogo a seguir:

Sra. A – “Eu nunca me esqueço que minha mãe adorava fazer visita assim... em asilos, orfanatos e tudo. Um dia eu fui com a minha mãe. Porque eu só eu ver eu choro. Então eu já nem vou. Aí tinha uma senhora que tava me chamando achando que eu era a filha. E eu fui lá né, morrendo, porque eu falei: ‘o que que vou falar?’. Aí ela falou assim: ‘ah, ainda bem que você veio me ver, porque faz tempo que você não vem, e não sei o quê...’”

Sr. E – “e não vão mesmo...”

Sra. A – “Sabe? Aí ela falou assim: agora cê deixa eu dormir? Eu falei: ‘deixo’. Eu saí do quarto, eu chorava, eu olhei pra cima e falei: ‘senhor, vou te pedir uma coisa agora (e ele fez isso pra mim): se eu não puder cuidar da minha mãe [chorando, em voz emocionada] o senhor leve a minha mãe primeiro, porque eu sofro uma vez só. Aqui, nunca!’ E ele me deu isso...”

Sr. E – “ah, é horrível... é horrível”

Sra. A – “e ele me deu, porque eu tive dinheiro pra cuidar dela. Desculpe, gente! [chorando]

Todos: “não, imagina...” Pra cuidar da minha mãe em casa! [Sr. E – “infelizmente, é verdade”]. Eu tive dinheiro pra pagar. E quando eu vi aquela senhora, falando coisas pra mim, sabe? [Sr. D – “abandonada...”] Filha, você veio me ver! Aquilo começou a me... e eu não conseguia responder pra senhora [chorando]!

Então eu tive um prêmio. Porque foi terrível aquele dia! Eu vim, assim, acabada! Eu falei: ‘meu deus, a mãe deu a vida, a mãe cuidou, ou não cuidou bem [alguém suspira], mas é a mãe [alguém fala ‘mãe’ simultaneamente], gente!’

Sr. E – “é mãe...”

Sra. A – “Como você joga e não vem ver!?”

Sra. C – “Mas é isso que eu digo, é como eu falei, gente...”

Sr. E – “é uma pena mesmo”...

Sra. C – “é educação. Na minha casa, o meu filho nasceu, vendo a minha avó e os meus pais, eles foram envelhecendo. Ele viu minha avó falecer, todos nós cuidando dela.”

Sra. A – “Nossa, que nem o meu irmão. Desculpa, viu gente...” [ainda chorando].

Os ônibus de transporte público foram frequentemente citados como um local onde ocorre violência. Com relação a danos físicos sofridos por idosos em decorrência da ação de outrem, os únicos episódios narrados se referem ao comportamento de motoristas de ônibus:

Sra. E: “Então, eu procuro, eu procuro passar o meu cartão e descer na, na frente”

Sra. B: “Na frente”

Sra. E: “Eu não desço atrás de jeito nenhum, porque tem uma senhora, amiga minha, que ela morreu, porque ela desceu o ca... o motorista saiu e ela caiu e quebrou a bacia e ela ficou acho que oito meses de cama e deu complicação.”

[...]

Sra. E: “Mas, tem que falar pertinho dele: ‘eu vou descer’. Aí você desce, porque senão você vai... Olha, eu já tive um caso, um caso que eu quase, quase me estourei no chão..”

Em ambos os grupos os idosos se queixaram do comportamento de usuários que fingem estar dormindo nos assentos preferenciais. Houve também algumas queixas com relação ao comportamento de usuários do metrô:

Sra. C – “E os vagões que deveriam ser dedicados a... aos idosos, (outros reagem: “não!” “Não tem”) é só a primeira porta. Então quando você chega, eles colocam... [falam por cima]”

Sra. B – “Põem embarque preferencial, o pessoal jovem vai por lá...”

[outras duas senhoras: “Exato!!” “Exatamente!!”]

Sr. E – “Mas aí voltamos à educação”.

4. Considerações finais

Os relatos dos participantes sugerem que, apesar dos avanços formais da legislação brasileira, subsistem inúmeras formas de violência contra a pessoa idosa em meio urbano, mesmo num bairro considerado “ainda tranquilo” e agradável para as pessoas idosas (de acordo com os participantes), em relação a outros distritos da cidade de São Paulo. Ao refletir sobre as condições de vida dos idosos no bairro, a violência narrada pelos participantes não é, quanto ao agente agressor, aquela tipicamente mais prevalente nas denúncias, ou seja, a violência doméstica; o que podemos observar com maior frequência nos discursos analisados é a omissão do Estado em matéria de políticas públicas, a dita violência Estatal. Isso reforça o que já havia sido observado por outros autores (PAZ *et. al.* 2012):

o Estado violenta e viola através do descumprimento de seu papel de executor de políticas e de ser o principal responsável pela garantia dos direitos, entretanto, vem sendo aquele que fomenta as discrepâncias entre o direito legal e o direito real no cotidiano dos idosos pela não efetivação da Política Nacional do Idoso e pelo descumprimento na execução e garantia dos Direitos conforme o Estatuto do Idoso, pelo contrário, registram-se nas ações do Estado omissões, paralelismos de ações com a multiplicidade, diversidade e sobreposição de papéis e ações fragmentadas e focais nos programas governamentais.

No que se refere à violência cometida por familiares, por pessoas em geral ou por instituições privadas, as formas de violência citadas passaram mais pela violência psicológica (com diversos casos de violência verbal) e pela negligência (abandono da família, desconsideração ou discriminação por parte de empresas). Foi possível identificar em episódios lembrados pelos participantes, muitas vezes em seus próprios comportamentos, ou em outras vezes nas entrelinhas, diversas formas de ageísmo, como discriminação em função da idade avançada, ainda muito presente em nossa cultura.

Em relação aos familiares e pessoas em geral, os participantes identificam e sugerem como principal forma de transformação a educação. Não raras vezes, mencionam que formas

de negligência e violência psicológica cometidas por parentes, profissionais ou pessoas de um modo em geral para com o cuidado e o respeito em relação à pessoa idosa ocorrem pela falta de educação e de preparo. Em relação às políticas públicas, principalmente no grupo em que houve mais discussões sobre questões político-partidárias, houve sugestão no sentido de que os próprios idosos devem ser mais atuantes, e andarem com o Estatuto do Idoso:

“Então, mas a gente tem que andar com o Estatuto do Idoso, eu, eu vou começar.. até já arranjei uma porção. Eu vou levar e vou escrever uma coisa bonitinha assim com florzinha, sei lá... pá, pá, pá, pá, pá e botar assim, um recadinho assim, bonitinho: ‘Seu motorista, tal, tal, tal, leia o Estatuto do Idoso, dá uma atençãozinha pra gente’. Acho se a gente, esse grupo aqui, cada um fizesse isso, acho que [fala simultânea] ajudaria [...]” (Sra. E.)

Seria interessante integrar nas iniciativas “Cidade Amigas do Idoso” a preocupação com a eliminação de todas as formas de violência contra a pessoa idosa. A construção de espaços amigáveis passa necessariamente pelo enfrentamento dessa temática da violência, e ambas as construções dependem de intersetorialidade e da participação das próprias pessoas idosas,²⁹ pois excluí-las desses processos já seria uma forma de violência: a desconsideração de sua autodeterminação e de sua plena participação enquanto sujeitos de direito, cidadãos plenos, atores cívicos e políticos.

Em nível distrital, seria recomendável, assim, identificar e reunir todos os atores e iniciativas já existentes em matéria de enfrentamento da violência contra a pessoa idosa, principalmente aqueles atuantes no bairro, a fim de conectá-los e de aproximá-los das discussões e da construção de um bairro amigo do idoso. Em um nível mais ampliado, seria necessária maior mobilização da sociedade para a garantia e o não retrocesso em matéria de direitos da pessoa idosa.

No atual contexto de crise política, econômica, ética e institucional, as políticas necessárias para a transformação dessa

²⁹ Quanto à violência, o trabalho de Beaulieu, Garon e Couturier (2012) já havia feito paralelo entre a luta dos maus-tratos e a iniciativa Cidade Amiga do Idoso (ver: Kairós - A luta contra os maus-tratos no Québec. Alguns paralelos na implementação de “Cidades Amigas dos Idosos”).

realidade de violência silenciada, sobretudo no tocante à negligência - para que os idosos não fiquem à mercê da própria sorte, mas possam contar efetivamente com apoios da família, da sociedade e do Estado - parecem estar ameaçadas. Mais educação libertadora ao longo da vida, mais conscientização política, intersetorialidade e formas de governança participativas locais poderiam ser caminhos de transformação dessa realidade.

Referências

BARLETTA, F. R. O direito à saúde da pessoa idosa. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

BEAULIEU, M., GARON, S., COUTURIER, Y. A luta contra os maus-tratos no Québec. Alguns paralelos na implementação de “Cidades Amigas dos Idosos”. **Revista Temática Kairós Gerontologia**, 15(6), “Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice: Aspectos Biopsicossociais”, pp. 219-238. Dez/2012.

BIANCHINI, A. “Dos crimes em espécie contra o idoso”. In: MENDES, G., et. al. Manual dos Direitos da Pessoa Idosa. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2006.

BRASIL, Lei nº 10.743/2003. Estatuto do Idoso. Brasília: DF, outubro de 2003.

BRASIL. Presidência da República. Subsecretaria de Direitos Humanos. **Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência Contra a Pessoa Idosa/Presidência da República**. Brasília: Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar. Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Disque Direitos**

Humanos – Balanço Completo 2016. 2016. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/disque100/balanco-2016-completo>. Acesso em: 06/10/2017>

BRASIL. Secretaria Municipal da Saúde. **Caderno de Violência contra a Pessoa Idosa: orientações gerais**. SMS. Coordenação de Desenvolvimento de Programas e Políticas de Saúde - CODEPPS. São Paulo: SMS, 2007 68 p.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros**. Brasília, 2005. p. 141-170.

CAMARANO, A. A.; GIACOMIN, K. e BARBOSA, A. A. **Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões**. Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

CAMARANO, A. A. **Estatuto do Idoso: avanços com contradições**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

FALEIROS, V. P. **Violência contra a pessoa idosa: ocorrências, vítimas e agressores**. Brasília: Ed. Universa, 2007.

GOLDANI, A. M. “Ageism” in Brazil: what is it? who does it? what to do with it?. **Rev. bras. estud. popul.**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 385-405, Dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982010000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10/10/2017.

GRAEFF, B. Direitos do Consumidor Idoso no Brasil. **Rev. de Direito do Consumidor**, v. 86, 2013: 65-91.

GRAEFF, B. *et al.* Bairro Amigo do Idoso no Brás: percepções sobre os migrantes internacionais. São Paulo: **Revista Temática Kairós**, dez. 2012, pp. 177-196.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **SIS- Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **SIS- Síntese de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2015**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **SIS- Síntese**

de indicadores sociais : uma análise das condições de vida da população brasileira : 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

KIND, L. Notas para o trabalho com a técnica de grupos focais. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 124-136, jun. 2004

MARQUES C., MIRAGEM B. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: RT, 2012, p. 144 s.

MENDES, G., et. al. **Manual dos Direitos da Pessoa Idosa.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAYO, M. C. S.; SOUZA, E. R. Violência contra idosos: é possível prevenir. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros.** Brasília, 2005. p. 141-170.

MINAYO, M. C. Violência e saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Guia Global Cidade Amiga do Idoso.** Genebra, 2008.

PAZ S. [et. al]. A violência e a violação de direitos da pessoa idosa em diferentes níveis: individual, institucional e estatal. Rio de Janeiro: **O social em questão**, ano XV, n. 28, 2012, pp.57-84.

PFUTZENREUTER, A. **Viver na Cidade, Envelhecer na Cidade. Espaços públicos como interface para o envelhecimento pessoal.** Tese apresentada a Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Arquitetura e Urbanismo, São Paulo, 2014.

RITT, C. COSTA, M. M. **O Estatuto do Idoso e o Combate à violência: principais aspectos da parte penal.** In: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/41/docs/o_ei_e_o_combate_a_violencia_contra_o_idoso.pdf. Acesso em 26/05/13.

ROSA, T. et. al. (Org.). **Velhices: experiências e desafios nas políticas do envelhecimento.** São Paulo: Instituto de Saúde, 2013. 384 p. (Temas em Saúde Coletiva, 14). Disponível em <http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-de-saude/homepage/temas-saude_coletiva/pdfs/velhices_envelhecimento_ativo_pdf.pdf>. Acesso em 06/10/2017.

SANTOS, C. S. O espaço da metrópole, o tempo dos velhos e a alienação urbana. São Paulo: Mais60 Estudos sobre Envelhecimento, vol. 27, n. 64, 2016, pp. 8-31.

SCHREMPP, L.P et al. **Violência contra a pessoa idosa em usuários da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.** In: SEMANA DE PESQUISA EM GERONTOLOGIA, V., 2016, Universidade Federal de São Carlos.

SILVA, A. GRAEFF. B. **Direito do idoso como disciplina de ensino superior jurídico no Brasil.** 21º SIICUSP, 2013. In: <https://uspdigital.usp.br/siicusp/siicPublicacao.jsp?codmnu=7210>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO age-friendly cities Project methodology:** Vancouver Protocol. Genebra (Suíça): WHO press; 2007.

INCOERÊNCIAS DAS RECENTES POLÍTICAS PÚBLICAS DE MEIO AMBIENTE BRASILEIRAS: A INSUSTENTABILIDADE DO DESENVOLVIMENTO PROJETADO POR LEGISLATIVO EM CRISE CRÔNICA

Rafael Diniz Pucci*

Sumário: Introito. 1. A Agenda Mundial do Desenvolvimento e a Necessidade do Estabelecimento de Novos Padrões de Regulação Jurídica no Plano Interno. 2. Direito, Desenvolvimento e Sistema Jurídico. 3. Smart Regulation, Justiça Restaurativa e Elaboração Legislativa. 4. Regulação Ambiental no Brasil (2005-2015). 4.1. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos tradicionais de enforcement. 4.2. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos alternativos de enforcement. 4.3. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos tradicionais e alternativos de enforcement. Conclusão. Referências.

Resumo: Seguindo estímulos normativos internacionais, o Brasil elaborou, a partir do ano 2000, desenho jurídico-institucional de Políticas Públicas em matéria de Meio Ambiente, com importante repercussão a padrões de desenvolvimento sustentável. Sucede que as Leis que positivaram referidas Políticas Públicas guardam elevado grau de incoerência: conquanto elaboradas em momento cronológico contemporâneo, parte das Políticas Públicas foi positivada por leis fundadas em instrumentos tradicionais de enforcement (calcados na responsabilização cível, penal e administrativa); enquanto, de outro lado, parte das Políticas Públicas foi positivada por leis fundadas apegadas a instrumentos alternativos de enforcement (e.g. incentivo econômico).

Palavras-Chave: Meio Ambiente; Políticas Públicas; Análise Legislativa; Controle de Impacto; Smart Regulation.

Abstract: Following international normative steps, from the year 2005 until 2015, Brazil has drawn up a legal-institutional design of Public Policies regarding the Environment, with important repercussions for sustainable development standards. However, the Laws that positivated those Public Policies have a high degree of incoherence: although elaborated in a contemporary chronological moment, some of the Public Policies were posed by laws based on traditional instruments of enforcement (civil, criminal and administrative liability); while, on the other hand, part of the Public Policies were positivated by laws founded on alternative enforcement instruments (e.g. economic incentive).

Keyword: Environment; Public Policies; Legislative Analysis; Impact Assessment; Smart Regulation.

* Professor Doutor do Departamento de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP.

Introito

O desenho jurídico-institucional das políticas públicas brasileiras, em matéria de Meio Ambiente, elaborado a partir do ano 2000, revela desajustes, descompassos e incoerências que têm como inexorável consequência o prejuízo ao desenvolvimento sustentável do país.

O quadro normativo foi elaborado a partir de respostas a estímulos internacionais (ALBRECHT, 2004, p. 79), sendo certo, no entanto, que, ao contrário de países submetidos a igual condição, que traçaram estratégia para enforcement normativo, dissuasão e persuasão a sistemas regulatórios, no Brasil não há unidade de coerência no novo aparato normativo ambiental.

Não por acaso, parte das Leis que positivaram as Políticas Públicas de Meio Ambiente no período, serve-se de esquemas tradicionais de *enforcement*, fundamentalmente apegados à responsabilização administrativa, penal e cível (Lei 11.105/05 - Política de Biossegurança; Lei 12.605 - Código Florestal); outra parcela, é certo (caso da Lei 12.187/09 - Política Nacional de Mudança Climática; Lei 12.305/10 - Política Nacional de Gestão de Resíduos Sólidos), trouxe avanços na elaboração de instrumentos alternativos de regulação (a exemplo de instrumentos de estímulo econômico, pagamento por serviços ambientais, incentivos fiscais e outros), que bem poderiam ter sido utilizados também nas políticas retromencionadas.

É certo, portanto, que houve avanços, mas, em razão, também, da debilidade dos quadros legislativos, não se logrou efeito multiplicador, a fim de torná-los sistêmicos. Em outras palavras, algumas das leis que desenharam políticas públicas ambientais desde o ano 2000 trouxeram sim novidades importantes; no entanto, a falta de aparato de análise legislativa fez com que os pontos positivos não fossem universalizados aos desenhos legislativos de todas as políticas ambientais do período, de sorte que algumas das leis são positivas, enquanto outras deixam a desejar em termos de possibilidade de *enforcement*, ou mesmo de potencial persuasório e dissuasório.

1. A Agenda Mundial do Desenvolvimento e a Necessidade do Estabelecimento de Novos Padrões de Regulação Jurídica no Plano Interno

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano 2000, estabeleceu 8 Objetivos de Desenvolvimento (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, ODM - A/RES/55/2) que os países-membros deveriam atingir ao chegar em 2015.

Em 2015, em nova Assembleia Geral, a ONU definiu 17 objetivos de desenvolvimento (agora denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ODS - A/RES/70/1) a serem cumpridos pelos países-membros até 2030.

A análise tanto dos 8 ODMs, quanto dos 17 ODSs, revela que a proteção do Meio Ambiente é imprescindível para os padrões de desenvolvimento almejados pela Organização das Nações Unidas.

Uma questão central então se colocou aos países-membros: o sistema jurídico então existente seria capaz de fornecer bases viáveis aos objetivos de desenvolvimento (SOUTH, 2005, p. 452)? Em outros termos, estariam os sistemas jurídicos aptos a contribuir para o Desenvolvimento pretendido (BOSS, 2008)?

2. Direito, Desenvolvimento e Sistema Jurídico

Max Weber, na famigerada questão da Inglaterra (TRUBEK, 2007, p. 172), aponta que direito e desenvolvimento são variáveis interdependentes. A adoção do sistema jurídico de *civil law* teria sido imprescindível para o desenvolvimento da Europa Continental, assim como o sistema jurídico de *common law* teria favorecido sobremaneira o desenvolvimento da Ilha.

Por qual motivo? Na Europa Continental, o primado da Lei trouxe ao investidor capitalista certeza, segurança e previsibilidade; na Ilha, o sistema do precedente possibilitou maior flexibilidade, inovação e criatividade às formas contratuais capitalistas.

Em matéria de Meio Ambiente, o sistema jurídico é ferramenta imprescindível para a construção da racionalidade ambiental (LEFF, 2006). A bem da verdade, as Leis que constroem o desenho jurídico-institucional de políticas públicas definem qual será a estratégia a ser utilizada para persuasão do regulado a que cumpra determinadas práticas, dissuasão a que não pratique atos contrários à norma, estabelecendo-se padrões de sanção, por um

lado, ou de estímulo e fomento, por outro.

Qual a melhor estratégia a perseguir? Aquela da dissuasão a partir da sanção punitiva? Ou seria mais razoável a ênfase a estímulos, incentivos e fomento, de modo a buscar aderência e compliance aos comandos normativos?

3. Smart Regulation, Justiça Restaurativa e Elaboração Legislativa

Os países-membros filiados ao sistema jurídico de *civil law*, à vista dos ODMs e dos ODSs estabelecidos pela ONU, verificaram que os esquemas de responsabilização cível, administrativa e penal apresentavam crescentes déficits de *compliance*, mostrando-se insuficientes para fazerem face aos novos problemas a que os estados são confrontados em contexto global, por exemplo em matéria de Meio Ambiente (FARIA, 2011).

Indenizações não adimplidas na esfera cível, multas contestadas na esfera administrativa¹ ou sanções penais sem efeito dissuasório contribuíram ao diagnóstico de que o sistema jurídico calcado na ideia de sanção punitiva como forma básica de estímulo a condutas não oferecia bases suficientes para fomentar os objetivos então traçados (KINZIG, 2004).

Este foi, por exemplo, o parecer do corpo burocrático da União Europeia - o arcabouço jurídico-regulatório seria insuficiente para atingir os objetivos de desenvolvimento traçados pela ONU. Seria, então, necessário criar novos instrumentos, desenvolver e implementar novos desenhos jurídico-institucionais. Foi assim que se desenvolveu, pelo corpo burocrático de Bruxelas, a denominada Smart Regulation², no âmbito da Comissão Europeia, sob a então presidência de José Manuel Durão Barroso (PUCCI, 2015, p. 658).

A Smart Regulation é instrumento técnico de elaboração legislativa que se utiliza de recursos para aferir, em momento *ex ante*, quais serão as consequências e impactos possíveis da norma que se encontra em fase de elaboração; além disto, utiliza mecanismos de *impact assessment* para avaliar a execução da

¹ Os dados divulgados pelo Tribunal de Contas da União, relativos à arrecadação pelas pessoas jurídicas que compõem a administração pública, revelam que o IBAMA tem apresentado índices de arrecadação efetiva de apenas cerca de 0,5% do total de multas aplicadas.

² SMART provém das iniciais *Specific, Measurable, Attainable, Relevant* e *Time-Bound*.

norma (ALBRECHT, 2002), em momento *ex post*.

O mérito da técnica Smart está na possibilidade de conferir coerência aos padrões de sanção e estímulo a condutas estabelecidos nas normas, de sorte que o sistema normativo ganhe coesão, evitando-se sobreposições regulatórias, antinomias, criação excessiva de tarefas burocráticas ao regulado (*red tapes*).

O resultado é o de que o regulado tem a propensão a apresentar maior *compliance*, já que passa as normas passam a ser mais acessíveis, em menor número, facilitando, portanto, a adesão.

No caso, por exemplo, de uma empresa de pequeno porte que se sujeita a normas ambientais, a Smart Regulation facilitará o cumprimento de regras, já que o *framework* normativo será mais acessível ao administrador, as normas, por terem passado por *impact assessment ex ante*, sujeitaram-se a testes de higidez, verificando-se a possibilidade e viabilidade de cumprimento de obrigações por parte de pequenos empresários, de modo que a possibilidade de *compliance* aumenta exponencialmente.

Chegou-se, ainda, a se cogitar da utilização de formas ligadas à Justiça Restaurativa (TONRY, 2006, p. 19) para fomentar a execução de normas ambientais (BRAITHWAITE, 2002, p. 567). Em sociedade de risco (PRITTWITZ, 1993), é extremamente custoso imputar responsabilidades, à medida em que se difundem as instâncias decisórias. Os modelos tradicionais de responsabilização, fundados na ideia da culpa individual, carecem, assim, de acoplamento aos novos padrões de produção econômica.

A Justiça Restaurativa contribuiria, assim, para resolver conflitos ambientais que envolvem diversos atores, a partir da construção coletiva de decisões, com a participação em círculo restaurativista de todos os envolvidos no conflito.

No Brasil, na década de 2000, criou-se a Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), vinculada ao Ministério da Justiça (MJ) com o propósito de aperfeiçoar a elaboração legislativa e o desenho jurídico-institucional de políticas públicas. A SAL buscou aproximar-se de universidades e centros de pesquisa, a partir de Editais de Pesquisa, focando-se, em um primeiro momento, em questões relativas à segurança pública e à reforma do Judiciário e, em segundo momento, em questões envolvendo direitos difusos e coletivos, mas com pouca repercussão na esfera do Meio Ambiente. Recentemente, a Secretaria foi desaparelhada.

Se faltou à SAL projetos capazes de construir mecanismos

para dar coesão ao sistema normativo como um todo (a Secretaria se concentrou em projetos individualizados, tendo atuação de certo modo atomizada), criando mecanismos de *impact assessment* para elaboração legislativa e testes *ex ante* e *ex post*, nos padrões Smart Regulation, certo é que o seu recente desaparecimento não contribuiu ao aperfeiçoamento da elaboração de desenhos jurídico-institucionais no país.

4. Regulação Ambiental no Brasil (2005-2015)

Conforme retromencionado, as Políticas Públicas de Meio Ambiente brasileiras no período 2005-2015 foram, embora contemporâneas, por um lado, positivadas por leis fundadas em instrumentos tradicionais de *enforcement*; e, por outro, houve também a elaboração de Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos alternativos de *enforcement* (NUSDEO, 2012). Ou seja, há evidente incoerência e falta de coesão.

4.1. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos tradicionais de enforcement

As Políticas Públicas de Meio Ambiente (2005-2015) que se pautaram pelo apego a instrumentos tradicionais de *enforcement*, em regra, lançaram mão de instrumentos sancionatórios calcados na responsabilização administrativa, cível e penal. É o caso da Política Nacional de Biossegurança e do Código Florestal:

Lei 11.105/05 - Política Nacional de Biossegurança - A estratégia legislativa que orientou a elaboração da Política Nacional de Biossegurança funda-se na persuasão e na dissuasão a partir do apego à responsabilidade administrativa e penal. O que se nota, por um lado, na criminalização de condutas atreladas à clonagem, ou no estabelecimento de padrões administrativos para a produção e comercialização de Organismos Geneticamente Modificados, é que o legislador se ateu aos modelos tradicionais de elaboração de políticas públicas.

12.651/12 Código Florestal - Também na elaboração legislativa do Código Florestal, optou-se por mecanismo de gestão fortemente apegado aos padrões de responsabilidade civil, administrativa e penal. Forjou-se o Código a partir da ideia de proteção de dois pontos considerados sensíveis à

proteção dos ecossistemas: as Áreas de Reserva Legal (RL) e as Áreas de Preservação Permanente (APP). Com o apoio da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes ambientais, são estabelecidas sanções de natureza penal, administrativa e cível aos regulados que pratiquem atividades que porventura provoquem prejuízos às APPs e às áreas de RL.

4.2. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos alternativos de enforcement

As Políticas Públicas de Meio Ambiente (2005-2015) que se fundaram em instrumentos alternativos de enforcement, em regra, lançaram mão de estímulos econômicos, fiscais e fundos:

12.187/09 Política Nacional de Mudanças Climáticas - A Política Nacional de Mudanças Climáticas trouxe interessantes instrumentos de enforcement, a exemplo do fomento a Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE), assim como a Lei 12.114/09, que cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima.

12.305/10 Política Nacional de Resíduos Sólidos - A Política Nacional de Resíduos Sólidos trouxe três mecanismos fundamentais: a) a logística reversa, a partir da qual se atribuiu responsabilidade a todos os participantes da cadeia de consumo pela destinação final do resíduo; b) os acordos setoriais, meio para facultar a logística reversa, à medida em que o poder público regulador estabelece ao regulado obrigações consonantes com as especificidades do setor de atuação; c) substituição dos "lixões" por "aterros sanitários".

12.351/10 Política de Exploração do Petróleo em Região de Pré-Sal - A Política de Exploração do Pré-Sal confere à empresa pública Petróleo Pré-Sal S/A (PPSA) o direito de veto a decisões tomadas pelo consórcio vencedor da licitação para exploração de petróleo nos campos de pré-sal. Isto significa que a PPSA pode vetar decisões nocivas ao Meio Ambiente.

4.3. Políticas Públicas positivadas por leis fundadas em instrumentos tradicionais e alternativos de enforcement

Por outro lado, algumas das Políticas Públicas de Meio Ambiente (2005-2015), de modo híbrido, utilizaram-se tanto de instrumentos tradicionais de regulação, quanto de instrumentos

alternativos:

11.445/07 Política Nacional de Saneamento Básico - A Política Nacional de Saneamento Básico teve interessante ponto de inovação, ao prestar ênfase à educação ambiental enquanto mecanismo importante para o seu enforcement; lança mão, também, de instrumentos afetos à sanção administrativa.

13.123/15 Política de Acesso ao Patrimônio Genético, Proteção ao Conhecimento Tradicional e Uso Sustentável da Biodiversidade - Ao lado de sanções de natureza administrativa, institui o Fundo Nacional para a Repartição de Benefícios (FNRB), instrumento de com forte natureza de estímulo.

Conclusão

A análise do desenho jurídico-institucional das Políticas Públicas em matéria de Meio Ambiente no Brasil, positivadas em Leis cujo advento ocorreu após o ano 2000, revela acentuada incoerência no que toca às estratégias de *enforcement*, persuasão e dissuasão utilizadas. Há, como se analisou, importante deficiência em relação a modelos criados em outros países para combinar direito e desenvolvimento, a partir de técnica de elaboração legislativa e avaliação de impacto *ex ante* e *ex post*.

Por um lado, um grupo das políticas públicas revela-se inovador em matéria de instrumentos alternativos de regulação (como é o caso da Política de Mudanças Climáticas e da Política de Gestão de Resíduos); de outro lado, há políticas de natureza híbrida, combinando tradição e inovação (caso da Política de Saneamento Básico e da Política de Acesso ao Patrimônio Genético, Proteção ao Conhecimento Tradicional e Uso Sustentável da Biodiversidade); por fim, há políticas que, embora elaboradas contemporaneamente às retromencionadas, apegam-se a instrumentos tradicionais de regulação, especialmente a responsabilização administrativa, cível e criminal (casos da Política Nacional de Biossegurança e do Código Florestal).

Fossem de melhor qualidade os quadros eleitos para compor o Poder Legislativo, talvez não houvesse tanto desajuste entre as Políticas Públicas de Meio Ambiente do novo milênio, com evidente prejuízo ao desenvolvimento sustentável no Brasil.

Referências

ALBRECHT, Hans-Jörg, *Crime Risk Assessment, Legislation, and the Prevention of Serious Crime*, in *Criminal Preventive Risk*, Freiburg, Max-Planck, 2002.

ALBRECHT, Hans-Jörg, *The Extent of Organized Environmental Crime. An European Perspective*, in COMTE, F.; KRÄMER, L. (orgs.), *Environmental Crime in Europe – Rules of Sanctions*, Amsterdam, Europa Law Publishing, 2004, pp. 71-101.

BOSS, Philippe Vladimir, *Le droit penal à l'aide de l'efficacité du droit européen – l'exemple du droit penal européen de l'environnement*, Lausanne, Schulthess, 2008.

BRAITHWAITE, John, *Setting standards for restorative justice*, in *The British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, pp. 563-577.

FARIA, José Eduardo, *O Direito e o Estado depois da Crise*, São Paulo, Saraiva, 2011.

KINZIG, Jörg, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, Duncker Humblot, 2004.

LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental. A reapropriação social da natureza*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2006.

NUSDEO, Ana M Oliveira, *Pagamento por Serviços Ambientais. Sustentabilidade e disciplina jurídica*, São Paulo, Atlas, 2012.

PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1993.

PUCCI, Rafael Diniz, *Governança ambiental e sistema financeiro internacional: significantes e significados de complexa comunicação na agenda contemporânea*, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 110, 2015, pp. 641-673.

SOUTH, Nigel, *Corporate and state crimes against the environment. Foundations for a green perspective in european criminology*, in RUGGIERO, Vincenzo, SOUTH, Nigel,

TAYLOR, Ian, *The New European Criminology. Crime and social order in Europe*, Oxon, Routledge, 2005, pp. 443-462.

TONRY, Michael, *The prospects for institutionalization of restorative justice initiatives in western countries*, in AERTSEN, Ivo et. al., *Institutionalizing Restorative Justice*, Cullompton, Willan Publishing, 2006, pp. 1-24.

TRUBEK, David, *Max Weber sobre Direito e Ascensão do Capitalismo*, in *Revista Direito GV*, v. 3, n. 1, 2007, pp. 151-186.

UNGER, Roberto Mangabeira, JOHANNPETER, Jorge Gerdau. *Agenda Nacional de Gestão Pública*. Brasília: Imprensa Nacional, 2009.

WALTERS, Reece, *Eco Crime and Genetically Modified Food*, New York, Routledge, 2011.

PARTE V

**A CRISE BRASILEIRA E O DIREITO
INTERNACIONAL**

NARRATIVAS CRÍTICAS COMO ESPAÇO PARA PENSAR A EXCLUSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL¹

Arthur Roberto Capella Giannattasio*

Fabio Costa Morosini**

Michelle Rattton Sanchez Badin***

1. Introdução

O tema da exclusão tem tomado a agenda das ciências sociais há alguns anos. São diferentes facetas das formas de exclusão que vêm à tona – tais como exclusão racial, por gênero, social, econômica, política – e que trazem novas narrativas para as ciências sociais e, no campo do Direito, questionamentos sobre seu funcionamento e os mecanismos jurídicos excludentes ou inclusivos. Este, certamente, não é um tema novo no campo do Direito Internacional, que, contemporâneo aos processos de colonização, foi confrontando pelas assimetrias políticas e econômicas entre os membros da comunidade internacional (Estados soberanos) e pelas remanescentes questões internas em

¹ Este artigo é resultado de debates incipientes sobre teorias críticas em Direito Internacional, conduzidos em uma parceria entre os professores autores deste artigo e também de pesquisadores diretamente envolvidos nos seus grupos de pesquisa Cnpq, vinculados à Fundação Getúlio Vargas, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à Universidade Presbiteriana Mackenzie. Os interesses comuns por Metodologias de Ensino e Pesquisa em Direito Internacional aproximaram-nos em algumas pesquisas prévias comuns, v. SANCHEZ-BADIN, DE SANTIS e VENTURA (2016). Destacamos também que financiamentos prévios a pesquisas que nos trouxeram até este debate conjunto foram fundamentais, por isso agradecemos, conjuntamente à FAPESP (Auxílio Regular à Pesquisa 2014/25776-4, Auxílio Regular à Pesquisa 2016/20983-7 e Sprint 2015/50334-0), Cnpq/ Universal, MackPesquisa (Auxílios à Pesquisa n. 161004 e n. 1122017), assim como a todos os pesquisadores envolvidos nos projetos que conduzimos, com destaque para Anna Caroline Cortellini, Bruno Pegorari, Douglas de Castro, Gabriel Mantelli, Marcos Tourinho, Olivia Pasqualetto, Julio Cesar Veiga e Ricardo Flores Filho.

* Professor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Pós-doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

** Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde coordena o Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento. Ph.D. e mestre em Direito Internacional pela University of Texas at Austin, e Master em Direito e Globalização Econômica pela Université de Paris 1/Sciences Po – Paris. Bolsista Produtividade em Pesquisa Nível 2 do CNPq.

*** Professora associada, em tempo integral, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, co-coordenadora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento na mesma instituição.

seus momentos pós-coloniais (ANGHIE, 2004; PAHUJA, 2005). Contudo, nas últimas duas décadas, aproximadamente, novas narrativas têm se fortalecido no campo de estudos do Direito Internacional com o objetivo de esclarecer o potencial das novas narrativas críticas e redesenhar o campo do Direito Internacional, seus conceitos, categorias e princípios.

Este artigo se propõe a apresentar de maneira introdutória alguns eixos mais marcantes dessas novas narrativas críticas em Direito Internacional, com enfoque sobre a temática das exclusões e suas contribuições. O objetivo é aproximar este debate do público brasileiro e – por que não – favorecer a revisão e construção de narrativas locais.

O presente texto está dividido em 3 (três) partes, além desta introdução. A primeira parte (2.) se destina a apresentar de maneira descritiva as principais narrativas críticas contemporâneas sobre o Direito Internacional. A segunda parte (3.) se volta a evidenciar a contribuição específica dos discursos críticos – a aqui chamada perturbação discursiva. A terceira parte (4.) busca, por sua vez, salientar as principais dificuldades que tais narrativas críticas podem encontrar na recepção pela comunidade epistêmica brasileira.

A construção deste texto se baseou em uma pesquisa qualitativa centrada em revisão bibliográfica não exaustiva. Os autores selecionados para compor a lista de narrativas críticas foram escolhidos a partir de cruzamento de referências nas produções contemporâneas ditas críticas em direito internacional.

Nesse sentido, salienta-se que o objetivo deste texto não é exaurir, nem os principais eixos de narrativas críticas, nem os seus autores/as. Na verdade, a apresentação aqui tem muito mais a pretensão de fomentar o debate brasileiro a partir de uma lista exemplificativa de autores/as críticos/as – o que não exclui a possibilidade de haver outras linhas de crítica a exclusão em outros centros epistêmicos.

2. Narrativas críticas e suas agendas

a. Articulação e contribuições de narrativas críticas

A sistematização do pensamento social é tarefa ingrata e imperfeita por natureza. O pensamento não é dado, é algo que se

constrói e reconstrói, a partir de diferentes momentos e espaços de interlocução. Por isso, nosso exercício de descrição e alguma sistematização não é categórico, em nenhuma de suas acepções. Ou seja, não pretende criar uma categoria e não se pretende indiscutível.

A fim de facilitar algumas co-relações, apresentaremos três grandes eixos de narrativas críticas que ganharam ímpeto nos últimos vinte anos: (1) Poscolonialismo e Decolonialismo; (2) Estudos sobre raça, gênero/ feminismo, *queer theory* e suas interseccionalidades; e (3) Novas abordagens do Direito Internacional/ *New Approaches to International Law* (NAIL), Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional/ *Third World Approaches to International Law* (TWAIL)² e os Estudos Historiográficos do Direito Internacional.

Esses três eixos apresentam linhas de um debate articulado em si, mas todos eles se alimentam de referências cruzadas quanto a suas categorias analíticas, aos instrumentos jurídicos, ou mesmo em relação às articulações políticas. Também é verdade que algumas das narrativas são mais específicas ao campo do Direito Internacional, no que tange aos autores que as mobilizam e às metodologias de análise – isso é muito claro para o eixo (3). Outras, como as narrativas envolvendo as abordagens (1) e (2) se alimentam diretamente da produção em outras áreas das ciências sociais, como a ciência política, a sociologia, a antropologia e a psicologia, para transplantarem conceitos e categorias desenvolvidos nestes campos para um objeto reconhecido pelo Direito Internacional. O que identificamos em comum entre os três eixos que apresentaremos são as buscas por uma “perturbação discursiva” que permita denunciar as exclusões, ampliar os espaços de análise e reconstruir novos elementos e categorias de análise.

b. Eixo 1: Poscolonialismo/ Decolonialismo

A contribuição crítica desta abordagem é a sua revisão narrativa sobre os processos de colonização e descolonização como elementos determinantes dos processos de exclusão no mundo atual

² No mesmo sentido de Galindo (2016), fazemos aqui a opção pelos acrônimos que identificam tais abordagens, com vistas a facilitar a sua identificação pelo leitor brasileiro nos debates internacionais. Ademais, pode se dizer que essas siglas (NAIL e TWAIL) têm sido usadas de forma muito recorrente e uniforme.

e, por isso, não são considerados processos do passado e sim do presente. De acordo com esta abordagem, foi por meio da expansão colonial que as estruturas jurídicas europeias foram globalizadas (PAHUJA, 2005), rejeitando outras estruturas locais que prejudicaram a inclusão desses espaços anteriormente colonizados no nível internacional. É, portanto, por meio das contribuições da literatura pós-colonial que se pode desnaturalizar o modo como isso ocorreu no passado e como ainda remanesce problemático na estrutura geral do sistema jurídico internacional, desfavorecendo os países colonizados por diferentes modos de exclusão, do não-reconhecimento à não-participação (VAL; BELLO, 2014).

Importantes contribuições desta abordagem identificam o direito internacional como, nos seus primórdios, um amparo do processo de colonização, mas mais adiante como um instrumento emancipador que promove espaços para a construção de uma dialética *pós-colonial* do direito internacional (PAHUJA 2005; ANGHIE, 2004, 2006).

Ainda, o pós-colonialismo desafia o próprio significado do desenvolvimento como enraizado no discurso colonial que representa o Norte como avançado e o Sul como atrasado (FUCHS, 2013; MCEWAN, 2008, p. 125). Aqui se traça um diálogo interessante entre a produção pós-colonial e os descoloniais.³ Na obra *Encountering development: the making and unmaking of the Third World* (1995), Arturo Escobar, um representante do decolonialismo latino-americano, apresenta uma das mais relevantes análises discursivas do desenvolvimento. Nela, o antropólogo sustenta que o Terceiro Mundo foi formado por discursos e práticas do desenvolvimento. Pahuja (2005, p. 464-465), por exemplo, dialoga com essas contribuições de Escobar, associando o fato de o discurso de desenvolvimento ter sido apresentado contemporaneamente à onda de descolonização africana e asiática, atribuindo aos organismos internacionais o papel de veicular e implementar os projetos de desenvolvimento nos países pós-coloniais, agora, “subdesenvolvidos”.⁴

³ Para uma apresentação dos autores representativos dessas duas linhas, v. MANTELLI e SANCHEZ-BADIN (no prelo).

⁴ Para Pahuja (2005, p. 464-465), “it is no coincidence that the notions of ‘development’ and ‘underdevelopment’ were born at the same moment that decolonization was underway. According to this deeply historicist account, the non-universality of the newly formed nations was understood in contradistinction to the universal (Western) nations and

O decolonialismo tem uma matriz mais próxima da literatura das ciências sociais na América Latina e propõe, ao identificar os espaços “colonizados”, que estes passem por uma revisão discursiva que promova a sua efetiva autonomia (GROSFOGUEL, 2007; MIGNOLO, 2011). Assim, também se estabelece um intercâmbio de ideais entre aqueles que se anunciam ou dialogam com a abordagem pós-colonial e aqueles que se encontram na abordagem denominada de decolonial.

No plano do direito internacional, há, por exemplo, contribuições teóricas relacionando pós-colonialismo e regras específicas do do sistema jurídico internacional. As estruturas e princípios do campo direito internacional econômico são foco frequente das narrativas críticas, que procuram denunciar a exclusão dos espaços antes colonizados, seus interesses e valores (RAJAGOPAL, 2003; PAHUJA, 2005). Outros autores/as foram no campo dos direitos humanos, ao denunciar suas bases de matriz eurocêntrica que associada a pretensões universalizantes, resulta em um produto discursivo da colonialidade que exclui valores e estruturas de determinados espaços (BRAGATO, 2014, p. 225; PEREIRA e PINHEIRO, 2016; RAJAGOPAL, 2003, p. 163-232).

c. Eixo 2: Estudos sobre raça, gênero/ feminismo, queer theory e suas interseccionalidades

As abordagens com base em gênero e raça e suas múltiplas interseccionalidades, assim como outras formas de crítica ao Direito Internacional, compartilham uma visão do direito internacional para além do Estado-nação. Estas abordagens entendem que o direito internacional não está descolado das pessoas que propõem, negociam e aplicam suas regras. Neste contexto, o direito internacional, assim como o direito doméstico, pode reproduzir narrativas dominantes (*mainstream*) em detrimento de versões alternativas, corroborando com opressões e exclusões de grupos minoritários.

As abordagens feministas do direito internacional são

was maintained once again through the idea that non-modern forms of social organization existed in the historical past and that the present Western nations were exemplars of the future for those non-modern nations. Thus, instead of different kinds of entities, potentially both national and non-national and existing heteronomously side by side, the modern nation existed in ‘homogenous empty time’”.

consequência dos movimentos feministas em outras áreas do conhecimento, como os estudos literários e de gênero e das relações internacionais, que carregam um projeto político específico: igualdade das mulheres (CHARLESWORTH, 1991). No campo do direito internacional, a agenda feminista tenta reinterpretar as tradições no direito internacional, que são baseadas em códigos de masculinidade, buscando identificar, articular e desestabilizar suposições de gênero não-faladas no direito e na política internacional (CHARLESWORTH, 2012). De acordo com Otto (2007), o discurso jurídico internacional reforça hierarquias de nação, gênero e sexualidade.

Pensar o direito internacional em perspectiva feminista significa questionar a composição de instituições jurídicas tradicional e majoritariamente ocupadas por homens (também quase sempre brancos), assim como os próprios princípios do direito internacional, que devem ser compreendidos como resultado deste machismo institucional. Neste contexto, as abordagens feministas não devem ficar circunscritas apenas aos campos/tratados mais evidentes, como aqueles atinentes ao tratamento das mulheres, i.e. Convenção contra Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ou estupro contra mulheres no contexto de crimes de guerra. Argumenta-se que os códigos de masculinidade devem ser contrapostos aos códigos de feminilidade em todos os espaços do direito internacional, evidenciando como ideias sobre estado, uso da força, e segurança também são “generalizados” (*gendered*) (WILDE, 2007).

No campo da crítica pautada em gênero, os estudos *queer* tem ganhado muita notoriedade. Diferentemente de perspectivas estruturalistas, estes estudos rompem com uma concepção de sujeito linear e pré-dado, seguindo a noção de performatividade de gênero apresentada por Judith Butler (2015), segundo a qual não existiria um ser anterior a um fazer. Assim, em contraposição a uma lógica binária, a proposta *queer*, como ensina Miskolci, apontar as fraturas nos sujeitos, seu caráter efêmero e contextual (BUTLER, 2015). Ou seja, ao invés dos contrapontos homem *versus* mulher, heterossexual *versus* homossexual, os estudos *queer* problematizam as concepções clássicas de sujeito, identidade, agência e identificação, procurando, assim, ampliar o espectro das relações de exclusão denunciadas e o incremento quanti e

qualitativo das demandas por inclusão (MISKOLCI, 2009).⁵

De acordo com Otto, uma abordagem queer do direito internacional poderia nos conduzir a pelo menos dois caminhos. O primeiro, mais convencional, seria o de estender a compreensão do “normal”, de maneira que o discurso jurídico abarcasse experiências e identidades não-heterossexuais, como a proibição de discriminação homofóbica e o reconhecimento de casamento gay. O segundo caminho vai além desta inclusão normativa e questiona a heterossexualidade como o “normal” – entendida como modelo básico para todos os sistemas dominantes de relações sociais e, consequentemente, como fundamento da concepção de ordem em direito internacional. A partir desta abordagem, pode-se por exemplo questionar o requisito de “população permanente” para a constituição/reconhecimento de estados, uma vez que este requisito pressupõe continuidade reprodutiva presente sobretudo em padrões heterossexuais de comportamento (OTTO, 2007). A questão da fragmentação dos sujeitos proporcionadas pelas leituras *queer* também ampliam o repertório para problematizar a unicidade do direito internacional clássico – associado ao colonialismo – em torno do Estado, como ator, único e privilegiado das relações internacionais.

Uma outra forma de crítica ao direito internacional opera a partir de noções de raça e dos privilégios que determinadas raças, sobretudo a branca, gozam em relação a corpos de cor (*colored bodies*). Estes estudos proliferaram principalmente nos Estados Unidos, através do movimento intitulado de “*Critical race theory*”, que tem duas principais preocupações: primeiramente, compreender como um regime de supremacia branca e de subordinação de pessoas de cor foi criado e mantido nos Estados Unidos, examinando especificamente a relação entre esta estrutura social e os ideais professados, como nas noções de estado democrático de direito e proteção igualitária. Em segundo lugar este movimento assume, como nos movimentos feministas, um projeto político de transformação da equação poder racial e direito (CRENSHAW et al., 1995). Aqueles que pretendem aplicar este tipo de abordagem ao direito internacional veem as narrativas

⁵ Explicando que os estudos queer, teórica e metodologicamente, surgiram do encontro entre uma corrente da filosofia e dos estudos culturais norte-americanos com o pós-estruturalismo francês.

tradicionais do direito internacional construídas a partir de noções de igualdade formal, de maneira que as questões de raça são quase que inexistentes (GORDON, 2000). Acredita-se que as abordagens centradas em “*critical race theory*” podem ter um potencial emancipatório também no direito internacional (MUTUA, 2000), ainda mais se sobrepomos este tipo de abordagem com TWAIL, dado que o terceiro mundo é composto majoritariamente por pessoas de cor não-branca.

Associado aos estudos sobre raça, a abordagem da interseccionalidade, termo cunhado por Kimberle Crenshaw (1991), por sua vez, nasce da percepção segundo a qual uma pessoa ou grupo de pessoas pode estar sujeito a múltiplas formas de opressão simultaneamente, sem a devida tutela jurídica (o problema do *blind spot*, que remete à noção de exclusão). Pensemos na situação de uma mulher negra que pleiteia emprego em uma empresa “x”. Ela tem o seu pleito negado porque todos os cargos na fábrica da empresa são ocupados por homens negros e todos os cargos de escritório (recepção, telefonista, etc) são ocupados por mulheres brancas. Logo, o fracasso no pleito desta mulher não se dá apenas por ela ser mulher ou apenas por ela ser negra, mas da combinação de ambos (CRENSHAW, 1991). A abordagem de interseccionalidade vai, então, lançar luz sobre essas múltiplas e simultâneas formas de opressão contra determinados grupos. Se é verdade que esta abordagem ressoa naturalmente em exemplos de raça e gênero, ela pode ajudar na compreensão de outros fenômenos jurídicos de direito internacional que levam a processos sobrepostos de exclusão. O atual direito internacional dos refugiados contribui com exemplos de grupos de pessoas que não são acolhidas por questões interseccionais, como os casos de mulheres muçulmanas. A ótica da interseccionalidade pode permitir, portanto, que estes grupos de pessoas recebam tratamento jurídico integral a partir da combinação de suas diversidades.

d. Eixo 3: NAIL/ TWAIL/ Historiografia

A relação entre estas três abordagens em um mesmo eixo tem em vista a proximidade entre aqueles que se identificam como integrantes de cada uma destas abordagens.

As Novas Abordagens do Direito Internacional ou *New Approaches to International Law* (NAIL), como uma narrativa

mais estruturada, ganha ímpeto sob a liderança de David Kennedy em 1993, quando este se propõe a estruturar um encontro entre diversos autores de “novas abordagens” em uma conferência em Essex⁶. Kennedy, nesse evento, faz um mapeamento de autores, sobretudo nas academias norte-americanas e europeias, ampliando o perfil da produção em NAIL e a abordagem dos autores. Nas palavras de Galindo (2016, p. 67-8), as NAIL “ficaram conhecidas por constituírem uma tentativa de rever postulados básicos da ciência do direito internacional a partir de lentes pouco convencionais para a teoria jurídica tradicional como a linguagem, o feminino ou a raça.” Naquele momento, as abordagens de Adenos Addis, Anthony Anghie, Hillary Charlesworth, Günther Frankenberg, Günther Teubner, Ileana Porras, Karen Knop, Martti Kosnenniemi, Yasuaki Onuma são associados às NAIL, dialogando com aquela diversidade de narrativas apontada por Galindo e algumas descritas nas seções anteriores.

A perspectiva crítica resguardada pelas NAIL é de que a abordagem deve se comprometer com os temas prementes do mundo e que suas análises não devem e não podem se limitar a novas formas de tratar os problemas, mas em repensar como categorias base do nosso sistema atual nos leva a estes problemas (KENNEDY, 2013, p. vii). Isso denota propostas no sentido de refundar o sistema como um todo, típico dos movimentos de *Critical Legal Studies* nos Estados Unidos. Por isso, em grande medida parte muitos desses autores selecionados para o evento de Essex já eram interlocutores na conferência da *Law & Society*, como diagnosticado pelo próprio Kennedy (1994, p. 419).

As diferentes formas de exclusão denunciadas pelas NAIL estão associadas a estruturas implícitas ou não problematizadas do atual sistema global. Por isso, identificar as forças e os instrumentos que orientam essas formas de dominação e exclusão de percepções, narrativas, temas, pessoas é um passo necessário ainda que não suficiente no movimento das NAIL (KENNEDY, 2013). Essa proposta ampla e a capacidade de articulação de David Kennedy a partir da *Harvard Law School* faz com que as

⁶ Kennedy (1994) retoma esse histórico e consolida uma parte dos resultados desta conferência. Antes disso, porém, a terminologia “novas abordagens” já circulava na academia dos Estados Unidos, e.g. FALK (1967) em artigo que reproduz o mesmo tipo de tentativa em renovar as leituras sobre o Direito Internacional, com uma abordagem do realismo jurídico.

abordagens de TWAIL e historiográficas também sejam em alguma medida associadas às NAIL.

O movimento de TWAIL tem inclusive um marco de sua articulação em 1997, a partir de um evento na *Harvard Law School*, também organizado por Kennedy (GALINDO, 2016, p. 69; GATHII 2011, p. 28). O movimento se funda a partir de um grupo de acadêmicos de origem de países do “terceiro mundo” que fizeram voz às particularidades de suas novas abordagens ao direito internacional, associando-as ao registro histórico da colonização.⁷ Nota-se aqui um cruzamento de agendas com aqueles teóricos das abordagens pós-coloniais. Por exemplo, uma referência importante da abordagem TWAIL é o trabalho de Anghie (ANGHIE, 2004), que recontextualiza as formas de discriminação racial, exploração econômica e subordinação cultural atuais – temas já incorporados pelas NAIL – ao processo construído pela colonização europeia e os posteriores movimentos de descolonização dos países então qualificados como países de “terceiro mundo” – objeto central dos estudos pós-coloniais.

Em termos de objetivos político-acadêmicos, Makau Mutua (2000, p. 31-32) chegou a propor a predominância de três focos principais nas abordagens de TWAIL: (1) desconstruir os usos do direito internacional que subordinam o Sul Global ao Norte Global; (2) propor alternativas jurídicas de governança internacional; e (3) eliminar o “subdesenvolvimento” dos países de Terceiro Mundo. Todavia, apesar da busca de uma identidade ou elos comuns, há também uma tentativa de segmentação desta abordagem de TWAIL. Anghie e Chimni argumentam por momentos históricos, conforme a agenda que orientaria a crítica (ANGHIE, CHIMNI, 2003, pp. 80-82): TWAIL I seria o primeiro momento associado a um grupo de intelectuais ativos do movimento de descolonização entre os anos 1950-1970, focado na preocupação de independência e autonomia econômica dos países do terceiro mundo e associados às propostas de uma Nova Ordem Econômica Internacional; e TWAIL II como um movimento mais acadêmico que ampliaria as leituras de exclusão para os espaços internos dos estados pós-

⁷ Entre os principais articuladores deste movimento, quase todos com algum vínculo com Harvard naquele momento, estavam Bhupinder Chimni, Balakrishnan Rajagopal, James Gathi, Anthony Anghie e Makau Wa Mutua (GATHII 2011, p. 28), nomes recorrentes nos textos que marcam os eixos do debate em TWAIL.

coloniais e das suas próprias “brutalidades”(ANGHIE, 2006)⁸. Galindo (2016, p. 74), o nome mais forte no Brasil de interlocução com este movimento, faz, por sua vez, uma crítica prudente à periodização proposta pelos autores, pois, há sempre o risco da imperfeição da segmentação e, mais ainda, a periodicidade traria uma noção progressista, como necessidade dos autores atuais em rejeitar o passado. É como se a própria abordagem estabelecesse critérios internos de exclusão.

Assim, grande parte dos autores adotam uma visão única da abordagem TWAIL, apontando que a sua identidade tem sido construída e reconstruída pelos integrantes deste debate (GATHII 2011, p. 26; OKAFOR, 2008, p. 186). Nesse sentido, Gathii descreve que: “TWAIL is a discipline in transition, expansion, definition and internal contestation about varied agendas, all at the same time.” (GATHII, 2011, p. 26). Em coro, Mutua reforça que TWAIL não é a única abordagem a contextualizar a situação de exclusão e que “International law and colonialism do not define all power relations. Therefore, TWAIL too does not exhaust the subject of the position of oppressed peoples either – just like there is no single modernity, there is no single TWAIL” (MUTUA, 2000)

Por fim, uma terceira corrente crítica associada às abordagens de NAIL e TWAIL são as abordagens historiográficas.⁹ O principal ponto destas narrativas é concepção de que elaborações sobre o passado são essenciais para se compreender as normas, instituições e doutrinas do presente (GALINDO, 2005, p. 541). No mesmo sentido de TWAIL, os estudos de historiografia consideram a importância da interpretação e, por isso, a possibilidade de se ter diferentes narrativas sobre um mesmo evento do passado e sua relação com o presente. Ressalva-se que este posicionamento, nos

⁸ Galindo também retoma uma tentativa de segmentação apresentada de forma isolada por Chimni (2007, pp. 1-2), procurando fazer uma distinção entre estes momentos, como uma abordagem do terceiro mundo ao direito internacional e outra como uma abordagem crítica.

⁹ Ao trazer a referência de Koskenniemi para esta virada historiográfica e sua associação com outros movimentos como NAIL, Galindo (2005, p. 540) simplesmente identifica a coincidência de espaços compartilhados: “In considering his place in the so-called NAIL, in the newstream or in the post- modernist literature of international law, it is important to bear in mind that these are not formally established theoretical schools of international law, but rather groups of authors who share a critical view of the traditional doctrines of international law.

termos da “virada histórica” cunhada na produção de referência de Koskenniemi, deve seguir uma perspectiva crítica e jamais funcionalista da história (GALINDO, 2005, p. 547).

Esta linha historiográfica tem tido uma repercussão importante na América Latina e outras regiões do mundo. Na região latino-americana, o olhar sobre o papel dos países da região e seus juristas na conformação do Direito Internacional no momento pós-colonial da região (século XIX) é o alvo de revisões importantes apresentadas nos trabalhos de Liliana Obregón (2006) e Arnulf Becker Lorca (2014), por exemplo.

3. A contribuição da crítica: perturbação discursiva

Diante dos três eixos anteriormente mencionados, entende-se que o leitor deve reconhecer algo específico nos discursos críticos em Direito Internacional: o grande objetivo deles é promover uma perturbação discursiva que estimule uma diversificação de leituras possíveis em torno do fenômeno jurídico internacional.

Uma primeira camada de compreensão dos discursos críticos consiste em precisamente reconhecer a denúncia de exclusões que cada um deles realiza dentro de seus respectivos projetos. Nesse sentido, os estudos críticos têm a virtude de apontar nas diferentes tramas institucionais internacionais parâmetros estadocêntricos, eurocêntricos, machocêntricos, ocidentocêntricos, orientalistas e modernos, os quais respondem a uma dinâmica de dominação civilizatória específica por meio da linguagem do Direito. Haveria uma sombra de narrativas jurídicas possíveis não adequadamente compreendida ou indicada nos discursos tradicionais.

Nessa perspectiva, a crítica teria por característica revelar o exercício de poder assimétrico (dominação) por parte de determinada cultura jurídica colonialista e imperialista, não apenas (i) em diferentes enlances funcionais do aparato regulatório jurídico internacional, mas também (ii) em distintas ações tomadas em conformidade com os parâmetros normativos internacionais vigentes. Todavia, é necessário superar a materialidade dessa primeira camada e encontrar algo além disso.

A dogmática jurídica tem por função não apenas informar, mas também justificar ações tomadas com base no direito (FARIA, 1984). E, por esse motivo, a dogmática jurídica opera também no

sentido de construir condições de legitimidade para o exercício do Poder (ONUMA, 2016), ou seja, para que decisões políticas fundamentais sejam reconhecidas como correspondendo a patamares de ação e de organização sociais reconhecidos como aceitáveis (ALEXY, 2001). A segunda camada do projeto crítico atua precisamente neste local onde se encontra o sufocamento no processo de construção das próprias estruturas cognitivas do Direito Internacional.

Nesse sentido, com Ludwig Wittgenstein (1968, p. 111), os limites da linguagem indicam os limites do mundo. Por esse motivo, é a maneira segundo a qual se constituem as bases dos jogos de linguagem que permite construir sentidos sobre o mundo. Na ausência de linguagem para construir, desconstruir e reconstruir as significações existentes, não se mostra possível pensar o diferente em torno do fenômeno jurídico (ALVES, 2011; FERRAZ JR., 2003; LOPES, 2004).

Por isso, o discurso crítico sobre a regulação jurídica internacional contemporânea visa a promover muito mais do que uma denúncia em torno da operacionalização prática do direito internacional. Mais do que simplesmente apontar em quais instituições e em quais decisões há o exercício de poder de dominação mediante poder militar ou econômico, as narrativas críticas desvelam a constrição das estruturas cognitivas em torno do saber e do agir em relação ao direito internacional - uma exclusão originária e permanente de repertórios jurídicos alternativos (ONUMA, 2016).

Isso significa que as leituras críticas acima indicadas são apenas exemplos de iniciativas voltadas a identificar a permanência de uma assimetria no controle dos termos que compõem o ideário fundamental do direito internacional (ONUMA, 2016). As abordagens críticas teriam a virtude, assim, de promover o reembaralhamento significativo dos termos que estabelecem as condições de possibilidade de entender e aplicar o direito internacional a partir do levantamento e da compreensão dos modos de compreender o direito e o direito internacional que foram marginalizados no processo histórico. Nesse sentido, tais narrativas críticas estimulam-nos a, por exemplo:

- i. identificar e nomear os polos discursivos que constituíram o léxico de base do saber e do agir da organização jurídica das relações internacionais

- contemporâneas (parâmetros estadocentrismo, eurocentrismo, machocentrismo, ocidentocentrismo, orientalismo, modernismo, colonialismo, imperialismo, entre outros);
- ii. mapear os discursos alternativos que, dessa maneira, se mantiveram sufocados no processo de construção e reconstrução das significações fundamentais da disciplina;
 - iii. levantar as práticas materiais e imateriais de restrição de acesso a meios de difusão de informações que excluíram tais discursos alternativos, de maneira a:
 - a. compreender a permanência dos polos discursivos tradicionais no espaço central de reconstrução das significações em torno do fenômeno jurídico internacional e, com isso,
 - b. indicar carência de legitimidade, não apenas no processo nomogenético jurídico internacional nem nas práticas relativas à aplicação das normas jurídicas internacionais, mas principalmente na própria estrutura cognitiva fundante da linguagem (saber e agir) do direito internacional contemporâneo em virtude da exclusão das perspectivas alternativas.

Assim, as narrativas críticas acima elencadas devem ser encaradas, não como um acervo de catálogo de exotismos, uma vitrine de rótulos consumíveis ou um museu de artefatos fascinantes. Antes, em nome da preservação de um projeto crítico contrário à restrição de horizontes de significações possíveis, ela deve ser vista como um rol de exemplos virtuosos de exposição das nervuras das estruturas cognitivas do direito internacional contemporâneo, com as quais podemos e devemos dialogar. Não são elas e suas conclusões que devem ser repetidas em si, mas a orientação de cada uma delas de promover uma interrogação corrosiva profunda que desvele os embates políticos fundamentais subjacentes à própria formação do pensamento jurídico internacional contemporâneo (GIANNATTASIO, 2015).

4. O direito internacional e os limites da produção acadêmica em direito no Brasil: três posturas a evitar diante das narrativas críticas

Os limites na produção do conhecimento jurídico no Brasil remontam pelo menos a um diagnóstico formulado desde a década de 1950 por Santiago Dantas (2009). Sem pretender remontar os principais argumentos desse debate (NOBRE, 2002; FRAGALE FILHO; VERONESE, 2004; WANDER BASTOS, 1986), percebe-se que também no direito internacional há uma ausência de preocupação de construção de reflexão inovadora que discuta o repertório jurídico puro e aplicado da ordem jurídica legal a partir de uma orientação voltada a questões autóctones (FARIA, 2008, p. 115-6; GIANNATTASIO, no prelo; LORCA, 2016).

Entende-se, nesse sentido, que um dos principais elementos que contribui para essa condição consiste na manutenção de uma pedagogia e de uma produção centradas no argumento de autoridade (AFONSO DA SILVA; WANG, 2010; RODRIGUEZ, 2005). A assunção da impossibilidade de se questionar os pontos de partida insiste em simplesmente reafirmar o que se fala em virtude de quem fala – ou ainda, da instituição ou da posição geográfica de quem fala (ONUMA, 2016), e não em virtude do que se fala (BITTAR, 2005, p. 114; FALCÃO; SCHUARTZ; ARGUELHES, 2006, pp. 108-9; FARIA, 2008, pp. 114-8; KENNEDY, 1982; MACHADO; PÜSCHEL; LUZ, 2006, pp. 225-9; QUEIROZ; FEFERBAUM, 2012).

Nesse sentido, a leitura da lista das principais narrativas críticas contemporâneas sobre o fenômeno jurídico internacional deve ser cuidadosa. A preocupação de garantir a perpetuação de um olhar crítico¹⁰ em torno do direito internacional exige, nesse sentido, que o contato com o rol acima indicado deve ser orientado por uma intencionalidade¹¹ que evite ao menos três possíveis perfis da consciência: (i) colecionador de exotismos, (ii) consumidor de rótulos, e (iii) espectador de fascinações.

¹⁰ Isto é, avesso a qualquer forma de coagulação das maneiras de pensar as estruturas cognitivas (ADORNO, 2006, 2007).

¹¹ Sobre o conceito de intencionalidade aqui adotado, indicamos a leitura de Edmund HUSSERL (1980, 2006) e de Jean-Paul SARTRE (2005).

Nada mais avesso à crítica do que a criação e a manutenção de um olhar de **coleccionador** de discursos críticos. Em outras palavras, entendemos que o estudo das narrativas críticas em direito internacional não deve buscar um deleite intelectual de reunião do exótico em um acervo destinado a atrair a curiosidade (QUEIRÓS, 2015).

Em primeiro lugar, ao se satisfazer com a galeria de palavras, nomes e narrativas que se embaralham à sua frente, o coleccionador se recusa a extrair deles os seus respectivos sumos: ele se contenta com o simples imitar o que é dito e rejeitando buscar compreender a dinâmica constitutiva de um discurso crítico (MAQUIAVEL, 2008). Assim, encarar a lista acima como a reunião de um material que detêm a simples função de fazer desfilar diante da consciência - própria e de outrem - um conjunto de nomes descontextualizados alimenta uma contraproducente erudição vazia, a qual é perniciosa para o desenvolvimento de um pensamento crítico consciente de seu projeto corrosivo.

Em segundo lugar, ainda que de boa-fé, essa postura coleccionadora dissimula não apenas a constituição de uma imagem fútil de vastidão de conhecimento. Mais do que isso, ela estimula ainda a perpetuação de um olhar epistemológico de menoridade em relação à produção intelectual destas leituras críticas (SAID, 2007). Essa condição do exotismo mantém inadvertidamente o diferente em um suposto espaço de exclusividade de pureza e coerência únicos e retira a possibilidade de se perceber o efetivo potencial de redirecionamento cognitivo na aplicação pura e prática de reconstrução dos parâmetros fundamentais do pensar e do fazer o Direito Internacional.

Assim, reduzir essa lista a um catálogo de espécimes de discursos extravagantes sobre o Direito Internacional significa negar a capacidade de transformação pura e prática de tais discursos. Afinal, “o exótico faria sentido integral em seu mundo originário esquisito, mas não no meu”. Ou ainda, “por ser estranho, esse estranho chama minha atenção e me estimula a coleccionar falas extensivas sobre ele; mas em nada o contato com signos ‘de lá’ muda os signos ‘de cá’, pois o diferente permanece existindo com sentido concreto em seu mundo”.

Do mesmo modo, perceber a lista acima como uma vitrine que oferta rótulos de discursos jurídicos à livre escolha por **consumidores** também se mostra contrária aos objetivos de um

pensamento crítico em Direito Internacional.

Em primeiro lugar, entender cada uma das narrativas críticas acima indicadas como rótulos é assumir em relação a elas uma postura epistemológica afirmativa, isto é, que percebe nelas um princípio identitário positivo - o qual não corresponde à negatividade interna que é própria ao pensamento crítico (ADORNO, 2006, 2007, 2009). Nesse sentido, lembre-se de que nenhuma das diferentes “linhagens” críticas em Direito Internacional mantém uma plena identidade interna: não se tratam de Escolas críticas, pois todas são marcadas por diferenças entre os inúmeros autores que as compõem.

Em segundo lugar, essa postura pressupõe outro tipo de identidade que se mostra perigosa para um projeto crítico. Apesar de haver o compartilhamento da condição de subalternidade discursiva entre os discursos críticos (HARDT, NEGRI, 2000), cada um se refere a posturas histórica e geograficamente limitadas. Em outras palavras, apesar de haver uma comunhão de exclusão discursiva, é importante deter a consciência de que nem todas as narrativas críticas correspondem homogeneamente ao mesmo tipo de exclusão.

Desse modo, no consumo dos diferentes tipos de discursos críticos, o jurista deve ter em mente que cada uma delas está comprometida contextualmente com diferentes tipos de fissuras ao discurso jurídico internacional tradicional em virtude da variação do lugar de fala de seus principais autores e de seus reconhecidos centros epistêmicos.

Em terceiro lugar, a preocupação em simplesmente escolher os diferentes modelos críticos tende a reafirmar os desígnios de dominação que o qualquer projeto de desconstrução almeja. As divisões centro-periferia/norte-sul/incluído-excluído não devem constituir um *a priori* de que discursos críticos apenas surgem entre excluídos e que incluídos apenas produzem discursos conservadores (HARDT; NEGRI, 2000).

Nesse sentido, note-se que a trajetória acadêmica de criação e disseminação de discursos reconhecidos atualmente como críticos em Direito Internacional tem origem ou passagem em espaços tradicionalmente reconhecidos como detendo preponderância na produção de pensamento jurídico – Estados Unidos da América e Europa – ou em espaços que herdaram parte do aparato reflexivo de tais centros – Austrália, Japão ou mesmo a América Latina. O

consumidor das narrativas críticas não deve deixar de notar a reiteração dos espaços e dos termos que habitualmente influenciam a construção e a reprodução do aparato cognitivo em Direito Internacional (ONUMA, 2016).

A crítica está, assim, integrada às segmentações de uma suposta divisão internacional do trabalho intelectual e de controle do repertório analítico. Ainda que não se trate de uma postura de má-fé, por recorrer aos tradicionais mecanismos de difusão de estudos puros e práticos em Direito Internacional, não se pode ignorar que os centros de produção da crítica talvez repliquem inadvertidamente a estrutura de manutenção de um controle epistemológico— agora, não sobre a criação e a aplicação do Direito Internacional, mas sobre a própria crítica desenvolvida sobre a ordem jurídica internacional.

Em quarto lugar, o recurso a discursos críticos entendidos como rótulos livremente selecionáveis não deve ser entendido dentro de uma liquidez consumerista (BAUMAN, 1998; JAMESON, 1985). Como afirmado anteriormente no perfil colecionador, não se tratam de discursos jurídicos facilmente pinçáveis para levemente atender ora a uma posição, ora a outra, de acordo com a tradicional vaidade acadêmica sofisticada da pedantocracia bacharelesca jurídica brasileira (ASSIS, 2014; BARRETO, 2017; LOPES, 2002). A perpetuação de uma vazia erudição que se arvora em ares de autoridade a partir de um “quanto mais exótico, melhor” deve ser evitada – repita-se – exatamente para não arrefecer o projeto corrosivo que toda iniciativa crítica busca.

Este último aspecto, inclusive, leva ao terceiro e último perfil a ser evitado por um jurista interessado em desenvolver um projeto crítico, a saber: o de **espectador**. Também pouco contribui para a desconstrução crítica do discurso tradicional a assunção de um encantamento reflexivo diante das narrativas críticas, o qual as conceba como exaurindo as possibilidades de crítica do Direito Internacional contemporâneo.

Nesse sentido, museificar (VALÉRY, 2008) as narrativas críticas sobre o direito internacional significa mortificar as possibilidades de desenvolvimento de discurso críticas alternativos aos já existentes. A principal e mais perigosa tendência de qualquer intérprete é se manter com exclusividade e de maneira permanente no lugar de produção e de emissão do saber (LEFORT, 1986). Por

isso mesmo, a fim de recusar tal fascinação potencial das estruturas cognitivas, é importante que o leitor das atuais narrativas críticas sobre o direito internacional permaneça internamente alerta diante de qualquer deslumbramento próprio que o conduza a ver em tais narrativas o esgotamento das possibilidades críticas.

Referências

ADORNO, Theodor. **Educação e Emancipação**. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. **Introdução à Sociologia**. São Paulo: UNESP, 2007.

_____. **Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

AFONSO DA SILVA, Virgílio; WANG, Daniel. Quem Sou Eu para Discordar de um Ministro do STF? O Ensino do Direito entre Argumento de Autoridade e Livre Debate de Ideias, **Revista DiretoGV**, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan.-jun. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALVES, Alaôr. **Lógica**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ANGHIE, Anthony. **Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law**. Cambridge: CUP, 2004.

_____. The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities, **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, 2006, pp. 739-753.

ANGHIE, Anthony; CHIMNI, B.S. Individual Responsibility in Internal Conflicts. **Chinese Journal of International Law**, v. 2, n. 1, 2003, p. 77-103.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. São Paulo/Rio de Janeiro: Schwarcz, 2014.

BARRETO, Lima. **Numa e a Ninfa**. São Paulo/Rio de Janeiro: Schwarcz, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. 238 p. (Coleção Sujeito & História).

CHARLESWORTH, Hilary. Legal Theory: Feminist Approaches to International Law. 2012. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. Disponível em: <http://legal.un.org/avl/ls/Charlesworth_IL_video_1.html>. Acesso em: 22 out. 2017.

CHIMNI, Bhupinder S. The Past, Present and Future of International Law: a Critical Third World Approach, **Melbourne Journal of International Law**, v. 8, n. 2, 2007, 499-515.

CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law: a manifesto. **International Community Law Review**, Leiden, v. 8, p. 3-27, 2006.

CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 43, n. 6, p.1241-1299, jul. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229039?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CRENSHAW, Kimberlé et al (Ed.). **Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement**. Nova Iorque: New Press, 1995.

DANTAS, Francisco Clementino Santiago. A Educação Jurídica e a Crise Brasileira, **Cadernos FGV DIREITO RIO**, n. 3, p. 9-38, 2009.

FALK, Richard A.. New Approaches to the Study of International Law, **The American Journal of International Law**, v. 61, n. 2,

1967, pp. 477-495

ESCOBAR, Arturo. **Encountering development: the making and unmaking of the Third World**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1995.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de outro modo: el programa de investigación de modernidade/colonialidad latinoamericano. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 1, p. 51-86, jan./dez. 2003.

FARIA, José Eduardo. **Retórica Política e Ideologia Democrática**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

FERRAZ JR. Tercio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUCHS, Vanessa Boanada. Law and development: critiques from a decolonial perspective. **Working Paper Series, International Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America**, Berlim, n. 53, p. 1-28, 2013.

GALINDO, George. A Volta do Terceiro Mundo ao Direito Internacional. In: SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton; BRITO, Adriane Santis; VENTURA, Deisy (org.). **Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos**. São Paulo, FGV Direito SP Coleção Acadêmica Livre, 2016.

_____. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 3, 2005, pp. 539-559.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck, Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito, **Revista de Direito Administrativo**, n. 243, p. 79-112, set./dez. 2006.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Conjuntura**. São Paulo: Saraiva/DireitoGV, 2008.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A Pesquisa em Direito: Diagnóstico e Perspectivas, **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, v. 1, n. 2, p. 53-70, nov. 2004.

GATHII, James. TWAIL: A Brief History of its Origins, its

Decentralized Network, and a Tentative Bibliography, **Trade Law and Development**, v. 3, n. 1, 2011, pp. 26-64.

_____. Imperialism, Colonialism, and International Law, *Buffalo Law Review*, v. 54, n. 4, 2007, pp. 1013-1066.

GIANNATTASIO, Arthur. **Direito Internacional Público Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Fundações de uma Análise Sociológica Crítica das Instituições Jurídicas Internacionais: Negatividade e Política na Metodologia dos Estudos em Direito Internacional no Brasil**, no prelo.

GORDON, Ruth. Critical Race Theory and International Law: Convergence and Divergence. **Villanova Law Review**, Villanova, v. 45, n. 5, p.827-840, 2000. Foreword. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3091 &context=vlr](http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3091&context=vlr)>. Acesso em: 23 out. 2017.

GROSGOUEL, Ramón. The epistemic decolonial turn. **Cultural studies**, v. 21, n. 2-3, p. 211-223, 2007.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Empire**. Cambridge/London: Harvard University, 2000.

HUSSERL, Edmund. Investigações Lógicas – Sexta Investigação (Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento. *In*: HUSSERL, Edmund. **Husserl**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica**. 3 ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2006.

JAMESON, Fredric. Pós-Modernidade e Sociedade de Consumo, **Novos Estudos CEBRAP**, n. 12, p. 16-26, 1985.

LORCA, Arnulf. **Mestizo International Law: a Global Intellectual History 1842-1933**. Cambridge: CUP, 2014.

KENNEDY, David.

_____. New Approaches to International Law: Bibliography, **Harvard International Law Journal**, v. 35, p. 417-60, 1994, pp. 5-15.

LEFORT, Claude. **Le Travail de l'Oeuvre Machiavel**. Paris: Gallimard, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História – Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **As Palavras e a Lei**. São Paulo: DireitoGV/34, 2004.

KENNEDY, Duncan. Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, **Journal of Legal Education**, n. 32, p. 591-615, 1982.

LORCA, Arnulf. **Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842–1933**. Cambridge: Cambridge University, 2015.

_____. Direito Internacional na América Latina ou Direito Internacional Latino-Americano - Ascensão, Queda e Recuperação de uma Tradição de Pensamento Jurídico e de Imaginação Política. In: BADIN, Michelle; BRITO, Adriane; VENTURA, Deisy (Orgs.). **Direito Global e suas Alternativas Metodológicas - Primeiros Passos**. São Paulo: FGV DIREITO SP, p. 31-66, 2016.

MACHADO, Ana Mara França; PÜSCHEL, Flavia Portella; LUZ, Yuri Corrêa da. Três Reações a um Panfleto de Duncan KENNEDY, **Revista DireitoGV**, v. 2, n. 2, p. 225-44, jul.-dez. 2006.

MANTELLI, Gabriel; SANCHEZ-BADIN, Michelle Rattón. **Mapeando o pós-colonial no direito internacional: olhares desde a América Latina**, no prelo.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. 5 ed. Brasília: UnB, 2008.

MCEWAN, Cheryl. Post-colonialism. In: DESAI, Vandana; POTTER, Robert B. (Org.). *The companion to development studies*. 2. ed. Londres: Hodder Education, 2008. p. 124-129.

MIGNOLO, Walter. Epistemic disobedience and the decolonial option: a manifesto. *Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, Merced, v. 1, n. 2, p. 44-66, 2011.

MUTUA, Makau. What is TWAIL?, **American Society of**

International Law Proceedings, v. 94, 2000, pp. 32-38.

MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 21, n. 11, p.150-182, jan/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p206631d11402/material3.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil, **Cadernos DireitoGV**, n. 1, 2002.

OBREGÓN, Liliana. Between civilisation and barbarism: Creole interventions in international law. *Third World Quarterly*, Londres, v. 27, n. 5, p. 815-832, 2006.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?, **International Community Law Review**, v. 10, 2008, pp. 371-378.

ONUMA, Yasuaki. **Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

OTTO, Dianne. “Taking a Break” from “Normal”: Thinking Queer in the Context of International Law. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, Washington, Dc, v. 101, p.119-122, mar. 2007. ASIL Proceedings. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25660172>>. Acesso em: 22 out. 2017.

PAHUJA, Sundhya. The postcoloniality of international law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol. 46, n. 2, p. 459-469, 2005.

PEREIRA, Isabella Isabella Bruna; PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. Direitos humanos em perspectiva decolonial: por um direito inclusivo da sexualidade, **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 166-187, 2016.

QUEIRÓS, Eça de. **A Cidade e as Serras**. Barueri: Ciranda Cultural, 2015.

QUEIROZ, Rafael; FEFERBAUM, Marina. **Metodologia Jurídica: Um Roteiro PRático para Trabalhos de Conclusão de Curso**. São Paulo: Saraiva/FGV DIREITO SP, 2012.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. **International law from below: development, social movements and Third World Resistance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por uma Pedagogia da Incerteza, **Cadernos DireitoGV**, São Paulo, n. 5, p. 29-36, 2005.

SAID, Edward. **Orientalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

SANCHEZ BADIN, Michelle Ratton; BRITO, Adriane Santis; VENTURA , Deisy (org.). **Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos**. São Paulo, FGV Direito SP Coleção Acadêmica Livre, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. Uma Ideia Fundamental da Fenomenologia de Husserl: A Intencionalidade. *In*: SARTRE, Jean-Paul. **Situações I – Crítica Literária**. São Paulo: Cosacnaify, p. 55-7, 2005.

VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

VALÉRY, Paul. O Problema dos Museus, **Ars**, v. 6, n. 12, p. 30-35, 2008. WANDER BASTOS, Aurélio. Pesquisa Jurídica no Brasil: Diagnósticos e Perspectivas, **Relatório apresentado ao CNPq**, 1986. (Mimeografado), *apud* NOBRE, Marcos. 2002, p. 7.

WILDE, Ralph. Introduction. **Proceedings of The Annual Meeting (American Society of International Law)**, Washington, Dc, v. 101, p.119, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25660171>>. Acesso em: 22 out. 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Companhia Editora Nacional/Universidade de São Paulo, 1968.

**CULTURA
ACADÊMICA** 
Editora